Der Eigentumsanspruch

Inaugural-Dissertation

verfaßt

und der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Wilhelm Wittmann
Rechtspraktikant aus Zweibrücken.

Speyer.
Gg. Kranzbühler'sche Buchdruckerei Nachf. A. Dieckert
1904.

Meinem lieben Großvater

Herrn Louis Blum

Bildhauer in Zweibrücken

als einem alten Freund der Rechtsgelehrsamkeit

gewidmet.

Verzeichnis der hauptsächlich benutzten Litteratur.

Archiv für civilistische Praxis, Band 80 u. s. w.
Biermann, Sachenrecht 2. Auflage, Berlin 1903.
Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, Jena 1900.
Dernburg, Pandekten.
Dernburg, Lehrbuch des bürglichen Rechts, 2. Auflage.
Band II., die Schuldverhältnisse Halle 1899.
Band III., Sachenrecht Halle 1901.
Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes 6. Auflage, Berlin 1900.
Eneccerus-Lehmann, das bürgerliche Recht (Band II. von Lehmann), Marburg 1900.
Engelmann, das bürgerliche Recht Deutschlands, Berlin 1900.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Auflage, München 1902.
Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, Jena 1898.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Civilprozeßordnung, 4. Auflage, Tübingen und Leipzig 1901.
Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1897.
Habicht, Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse 3. Auflage, Jena 1901.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
Jaeger, Konkursordnung, 2. Auflage, Berlin 1903.
Justizministerialblatt für das Königreich Bayern.
Kober, vgl. v. Staudinger.
Kohler, Beiträge zum Civilprozeß — 1894.
Kohler, Leitfaden des Konkursrechts.
Lehmann, vgl. Eneccerus-Lehmann.
Maenner, das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung fürs deutsche Reich, München 1899.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, Berlin 1900.
Mugdan, die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III. Sachenrecht, Berlin 1899.
Oberneck, das Reichsgrundbuchrecht, Berlin 1900.
Petersen-Anger, Civilprozeßordnung, 4. Auflage, Lahr 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin 1902.
Puchta, Institutionen, Bd. II., 10. Auflage, Leipzig 1893.
Rottmann, Handbuch für den Gerichtsvollzieherdienst, Würzburg 1903.
Salkowski, Institutionen, 7. Auflage, Leipzig 1898.
Scheiff, Handbuch des Bürgerlichen Rechts, Köln 1902.
Schoen: „Ist die Eigentumsklage des Bürgerlichen Gesetzbuches nur gegen den mittelbaren Besitzer zulässig?" Freiburger Dissertation 1899.
v. Seeler, das Miteigentum nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Halle 1899.
Seufferts Archiv, Band 43 usw.
Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung, 8. Auflage, München 1902.
Sörgel, Rechtsprechung 1900/01, 1902, Stuttgart.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz (Bd. III. Sachenrecht von Kober), 2. Aufl.,München 1903.
Strohal, der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Jena 1898.
Struckmann-Koch, Civilprozeßordnung, 7. Auflage, Berlin 1900.
Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht, Band I, das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Paderborn 1900.
Weseler, das ius tollendi des Besitzers im System der Verwendungsansprüche nach gemeinem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich, Greifswalder Dissertation 1899.
Weyl, das „Verschulden" und die verwandten Begriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch, im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 14, Berlin 1898.
Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, München 1900.

Einleitung.

1. Das Eigentum ist das Recht der allgemeinen Beherrschung einer Sache.[1]) Es gibt dem Eigentümer die tatsächliche und die rechtliche Herrschaft über die Sache, anderseits die Befugnis, jede Einwirkung vonseiten Dritter auszuschließen. Vor allem ist darin das Recht enthalten, die Sache zu besitzen, ja „der Besitz als die totale faktische ist eben vom Standpunkt des Eigentums aus die Ausübung dieses als der totalen rechtlichen Unterwerfung." [2]) Eine Entziehung des Besitzes bedeutet also eine Verletzung des Eigentums, wofern nicht der Besitzer ein gegenüber dem Eigentum wirksames Recht auf den Besitz hat. Sonst hat der Eigentümer einen Anspruch auf Herstellung des dem Inhalt seines Eigentums entsprechenden Zustandes.[3]) Diesen Anspruch erachtete schon die Rechtslehre des gemeinen und preußischen Rechts als den Anspruch (oder vielmehr zu einer Zeit, wo die Wissenschaft die strenge Scheidung zwischen Anspruch und Klage noch nicht kannte, als: die Klage) des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer auf Herausgabe der Sache.[4])

Dieser Anspruch hat im BGB eine in manchen Punkten vom früheren Recht abweichende Regelung erfahren, auch herrscht über mehrere mit ihm zusammenhängende Rechtsfragen Streit, deshalb sei hier der Versuch gemacht, diese Materie in systematischer Ordnung und möglichst erschöpfend darzustellen.

2. Schon über die Bezeichnung des Anspruchs sind die Schriftsteller nicht einig. Cosack sagt mit Bedauern, man habe nur den Ausdruck Vindikation dafür, ein brauchbarer deutscher Ausdruck stünde nicht zur Wahl.[5]) Puchta spricht von der „Eigentumsklage wegen Besitzentziehung" [6]), Endemann von einem „Eigentumanspruch wegen Vorenthaltung" [7]), Dernburg[8]) bezeichnet die Klage als die „ordentliche Eigentumsklage" oder „Eigentumsklage" schlechthin. Letztere Bezeichnung werden wir als die beste ansehen können. Die von Endemann usw. gewählten sind irreführend, denn eine „Besitz-Entziehung" oder gar „-Vorenthaltung" braucht, wie wir später sehen werden, nicht vorzuliegen, zudem widerspricht die Wortbildung „Eigentumanspruch" dem Geist unserer Sprache. Besser ist noch die übliche Bezeichnung „Eigentumsanspruch auf Herausgabe", doch sie hat gleich den erwähnten den Fehler unpraktischer Länge, mit welcher Plumpheit sie jedoch, wie wir erkennen müssen, dem Wesen dieses Anspruchs manchmal nicht übel entspricht. Das BGB zeigt uns selber den richtigen Namen. Den

[1]) Dernburg, BGB Bd. III. S. 181. [2]) Puchta, Institutionen Bd. II S. 166. [3]) Mot. III S. 393. [4]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 344. Doch steht der Anspruch auch dem nicht unmittelbar besitzenden Eigentümer zu. [5]) Cosack, BGB Bd. II S. 162. [6]) Puchta, a. a. O. S. 167. [7]) Endemann, BGB Bd. II S. 349. [8]) Dernburg a. a. O.

römischen Ausdruck „Vindikation", der früher allgemein gebräuchlich war, läßt es fallen, indem es seiner Absicht folgt, deutsche Worte anstelle der fremden zu setzen. Dafür gibt es uns einen kurzen deutschen Namen, nämlich § 939 sagt: „Die Ersitzung kann nicht beginnen usw., solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist usw." Unter Eigentumsanspruch ist hier, ebenso wie in § 941, nur unser, in §§ 985—1003 BGB behandelter Anspruch verstanden. Es steht also nichts im Wege, denselben mit Dernburg als den Eigentumsanspruch κατ' ἐξοχήν zu bezeichnen. Zudem überragt er die übrigen aus dem Eigentum hervorgehenden Ansprüche weit an Wichtigkeit und Weitläufigkeit seiner Regelung im BGB; für den Anspruch aus § 1004 kann man wohl den Ausdruck „Anspruch wegen Eigentumsstörung" beibehalten.[9])

Im Folgenden handeln wir also von „dem Eigentumsanspruch".

---

[9]) Vgl. auch Endemann S. 359.

I. Hauptstück.

Der Anspruch.

I. Abschnitt. Subjekte des Anspruchs.

§ 1.

Der Kläger.[1])

1. Aktiv legitimiert ist der Eigentümer der Sache, derjenige, welcher Eigentümer zu sein behauptet und es unternimmt, sein Eigentum zu beweisen.

Wenn es sich um Grundstücke handelt, ist nicht erforderlich, daß der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist, doch schafft ihm die Eintragung eine günstigere Stellung beim Beweis. Hat der Eigentümer einen persönlichen oder gesetzlichen Stellvertreter, so macht wohl eventuell dieser Vertreter den Anspruch geltend, doch bleibt beim Vertretenen die Aktivlegitimation.

Cosack behauptet, die Eigentumsklage könne in gewissen Fällen auch von einem Nichteigentümer angestellt werden, so von demjenigen, dem der Eigentümer den Eigentumsanspruch abgetreten hat[2]). Doch ist die Frage, ob der Eigentumsanspruch von Eigentum losgelöst, ohne gleichzeitige Übertragung des Eigentums den Gegenstand einer Cession bilden kann, mit Maenner zu verneinen[3]), derjenige, welchem nach § 931 BGB der Eigentumsanspruch abgetreten wird, wird dadurch bei gleichzeitig vorliegender Einigung (welche jedenfalls stets als in der Übertragung des Anspruchs enthalten anzusehen sein wird) Eigentümer. Maenner nimmt wohl mit Unrecht an, daß § 1032 und § 255 BGB gegen seine Auffassung spreche; denn in § 1032 handelt es sich um den Herausgabeanspruch des Nießbrauchers, nicht des Eigentümers; „Abtretung der Ansprüche" in § 255, dagegen ist, wenn es sich um Schadenersatz für verlorenes Eigentum handelt, gleichbedeutend mit Abtretung des Eigentums, welch letzteres allerdings, wenn ihm der Besitz fehlt, lediglich im Eigentumsanspruch besteht. Tritt jedoch der Kläger den Anspruch erst nach der Rechtshängigkeit ab, so läuft der Prozeß regelmäßig unbeeinflußt unter den bisherigen Parteien

---

[1]) Eine scharfe Scheidung zwischen materiellem und formellem Recht ist in den Bezeichnungen wie in den Ausführungen des Textes unmöglich und unnötig, auch selbst in den Gesetzen nicht durchgeführt. [2]) Cosack, S. 162. Ebenso Dernburg S. 338 und Endemann S. 351. Vgl. Stampe, Archiv für civilistische Praxis 80 S. 305, dagegen Kohler, Beiträge zum Civilprozeß S. 43. [3]) Maenner, das Recht der Grundstücke S. 157 Anm. 4.

weiter (§ 265, 1, 2 ZPO). Das Urteil wirkt aber für und gegen den Erwerber (§ 325, 1 § 727 ZPO).

Wenn jedoch der bei Beginn des Prozesses Aktivlegitimierte sein Eigentum in der Art verliert, daß sein Rechtsnachfolger dasselbe originär erwirbt (§ 932 ff. BGB), braucht letzterer das gegen den früheren Eigentümer ergehende Urteil nicht gegen sich gelten zu lassen; der Beklagte kann diesem daher den Einwand des Mangels der Aktivlegitimation entgegensetzen (§ 256, 3 ZPO).

2. Zur Unterstützung seiner Behauptung, daß die Eigentumsklage in gewissen Fällen auch von Nichteigentümern angestellt werden könnte, führt Cosack[4]) auch den Konkursverwalter als Aktivlegitimierten an, auch Oberneck[5]) vermutet hier einen Ausnahmefall. In der Tat ist die Frage der Aktivlegitimation des Konkursverwalters sehr bestritten, ihre Beantwortung hängt ab von der Antwort auf die Frage nach der allgemeinen Stellung des Konkursverwalters. Nach der sogenannten Amtstheorie ist er ein Staatsorgan mit amtlichen Pflichten, nicht irgendwie privatrechtlicher Vertreter. Infolgedessen ist natürlich er allein aktivlegitimiert, der Gemeinschuldner verschwindet ganz hinter ihm.[6])

Dagegen betonen die verschiedenen sogenannten Vertretungstheorien mit Recht die Vertreterstellung des Verwalters. Seine Befugnisse liegen ganz auf dem Gebiete des Privatrechts. Er handelt stets als Stellvertreter, nicht kraft eigenen Rechts, denn er übt in fremdem Interesse fremde Rechte und Verbindlichkeiten aus.[7]) Die von ihm innerhalb seiner Machtbefugnisse abgegebenen Willenserklärungen treffen nicht sein Vermögen, sondern unmittelbar ein anderes Vermögen. Diesen Rechtsvorgang nennen wir eben Stellvertretung.[8])

Kohler sagt nun,[9]) der im italienisch-französischen Recht vorwiegenden Anschauung folgend, der Verwalter sei nur Geschäftsorgan der Konkursgläubigerschaft, nicht Vertreter des Gemeinschuldners. Nach ihm wäre der Verwalter zur Eigentumsklage also legitimiert. Aber Kohlers Satz „der Verwalter sei so wenig Vertreter des Gemeinschuldners, als es der Gerichtsvollzieher ist, der den Schuldner aus seiner Wohnung heraustreibt und einsperrt", wird wohl durch Kohlers eigene an andrer Stelle dargelegte Ansicht umgestoßen, daß der Verwalter auch dazu bestellt sei, den in Konkurs Gefallenen möglichst in seiner wirtschaftlichen Existenz zu erhalten und vor zu weit gehenden Ansprüchen der Gläubiger zu schützen.

Petersen-Kleinfeller[10]) nehmen an, der Verwalter vertrete den Gemeinschuldner und nur diesen. Mit dieser Ansicht brauchen wir uns nicht auseinanderzusetzen, denn sie stimmt im wesentlichen Punkte mit uns überein[11]). Ebenso Jaeger[12]), Dernburg[13]) und RG. 38, 379, welche annehmen,

---

[4]) a. a. O. [5]) a. a. O. S. 345. [6]) So Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe Band I. S. 51, 112, 314 usw.; RG 29, 29 ff; Fischer-Henle, BGB Vorbemerkung vor § 164; Fischer in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 10 S. 436. [7]) Jaeger, Konkursordnung S. 63. [8]) Auch das Reichsgericht und das Reichsoberhandelsgericht haben in mehreren Entscheidungen die Vertreterstellung des Konkursverwalters anerkannt, vgl. R. O. H. G. 24, 25. (Plenarentscheidung) RG 2, 24. 2, 270, 38, 379). [9]) Kohler, Leitfaden des Konkursrechts S. 212 f. [10]) Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung § 5, III. 2c. [11]) Wie Petersen-Kleinfeller Wilmowski deutsche Reichskonkursordnung S. 27. [12]) a. a. O. S. 64. [13]) Dernburg, Preußisches Privatrecht II. § 115 S. 291.

daß der Verwalter Vertreter des Gemeinschuldners ist insoweit, als er Rechte des Gemeinschuldners geltend macht, Vertreter der Gläubiger dagegen, soweit er ihre Rechte ausübt. In Prozessen, welche der Verwalter im Rahmen seiner durch § 6 KO bestimmten Verfügungsmacht führt, ist also aktiv Legitimierter der Gemeinschuldner selbst. Folglich können wir auch hier keine Ausnahme anerkennen von dem Satz, daß aktiv legitimiert bei der Eigentumsklage lediglich der Eigentümer sei.

3. Die Stellung der Miteigentümer zum Eigentumsanspruch ist bestritten, besonders macht die Auslegung des Schlusses von § 1011 Schwierigkeiten. Fraglich ist, ob dadurch eine Abweichung von den §§ 420 ff. gegeben ist.

Die Motive[14]) sagen, wenn man mit dem Entwurf davon ausginge, daß das Miteigentum Eigentum sei, so könnte an dieser Stelle des BGB nur die Aufnahme erläuternder Vorschriften in Frage kommen.

Die Konsequenzen aus den Besonderheiten des Miteigentums würden, auch wenn das Gesetz schwiege, aus den allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden können.

Den Eigentumsanspruch kann nach § 1011 jeder Miteigentümer selbständig geltend machen, jedoch nur in Gemäßheit des § 432. Er kann die Herausgabe der gemeinsamen Sache nur an sich und die anderen Miteigentümer zusammen, oder die Hinterlegung für sämtliche Miteigentümer, oder endlich, wenn die Sache nicht hinterlegungsfähig ist, die Herausgabe an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer fordern[15]). Die Herausgabe der Sache ist eine unteilbare Leistung[16]); mit dem Schluß des § 1011 spricht also das Gesetz etwas ganz selbstverständliches aus, ja die Fassung desselben führt sogar leicht zu der irrigen Anschauung, daß er sich auch auf die teilbaren persönlichen Ansprüche beziehe, die neben dem Eigentumsanspruch hergehen. So nimmt denn auch Biermann[17]) an, die herauszugebenden Früchte seien insgesamt zu hinterlegen usw. Man wird aber nach den Verhandlungen der zweiten Kommission[18]) dem Schlußsatz bloß die Bedeutung einer Einschränkung des vorhergehenden Satzes beilegen dürfen, nach welchem man glauben könnte, der Miteigentümer habe, im Gegensatz zu § 432, das dingliche Recht auf Herausgabe der ganzen Sache an sich. In „Anspruch auf Herausgabe" sind hier die obligatorischen Ansprüche nicht einbegriffen. Vielmehr sind diese Ansprüche, als teilbare, nach § 420 BGB unter den mehreren Miteigentümern ipso iure geteilt und jeder kann den Anspruch nur auf den seinem Anteil entsprechenden Teil geltend machen.[19])

Der Miteigentümer muß aber den Herausgabeanspruch nicht in Ansehung der ganzen Sache erheben, er kann auch vom Besitzer bloß die Einräumung des Mitbesitzes verlangen, also sich darauf beschränken, nur

---

[14]) Mot. S. 433 f. [15]) Für die Bestellung des Verwahrers ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk sich die Sache befindet. Dieses entscheidet auch über eine von dem Verwahrer beanspruchte Vergütung. Vor der Bestellung des Verwahrers und vor der Entscheidung über die Vergütung sind die Beteiligten tunlich zu hören. (Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit § 165.) [16]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 186, Planck S. 290, Bd. II. S. 210 Erl. zu § 420 Nr. 2) [17]) Biermann, § 1011. 2. S. 218. [18]) Vgl. Planck, § 1011. 2. S. 290. [19]) Planck a. a. O., Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 186.

sein Miteigentum geltend zu machen[20]) und Herausgabe in der Weise beanspruchen, daß ihm Mitverwaltung gewährt werde, gemäß § 744 BGB. Diese vindicatio partis des römischen Rechts ist auch jetzt noch gestattet. Der Kläger muß da den Bruchteil angeben und nachweisen, zu welchem er das Eigentumsrecht für sich in Anspruch nimmt.[21]) Diese Angabe der Größe des Bruchteils darf nicht nach absolutem, formalistischem Maßstab verlangt werden, wohl aber so bestimmt, daß die Beklagten wissen, was begehrt ist und was sie eventuell zugestehen sollen, und daß dem Erfordernis des § 253 Abs. 2. 2. CPO genügt ist.[22])

Dieser Anspruch auf den Mitbesitz ist der normale im Verhältnis der Miteigentümer zu einander. Der aus dem Mitbesitz der gemeinschaftlichen Sache oder eines zum gemeinschaftlichen Gebrauch geeigneten Teils verdrängte Miteigentümer kann klagen auf Gewährung der Mitbenützung der betreffenden Sache oder des betreffenden Teils kraft Miteigentums.[23])

Behauptet der Beklagte fälschlich, er sei Miteigentümer, so muß der Kläger beweisen, daß der Beklagte Dritter, also zur Herausgabe der ganzen Sache verpflichtet sei.[24])

Wenn nur die Größe der Quote bestritten ist, kann das Verlangen des Miteigentümers auf dem Weg der Feststellungsklage befriedigt werden, wenn die Voraussetzungen der letzteren vorliegen.[25]) Im übrigen bezieht sich § 1011 auf Feststellungsklagen nicht.[26])

Wenn ein Miteigentümer die Eigentumsklage erhoben hat, kann jeder andre Miteigentümer ihm als Nebenintervenient beitreten, denn das in § 66 CPO verlangte rechtliche Interesse liegt hier vor.

§ 2.
Der Beklagte.

1. Passiv legitimiert ist der Besitzer und zwar jeder Besitzer, qui tenet et facultatem restituendi habet.[1]) Es genügt das Vorliegen des objektiven Tatbestandes, daß ein andrer als der Eigentümer den Besitz, die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, eine „Entziehung" oder „Vorenthaltung" des Besitzes ist nicht erforderlich; § 1004 ist ungenau gefaßt.[2]) Eine besondere verletzende Handlung des Besitzers braucht keineswegs vorzuliegen, namentlich nicht, daß er die Herausgabe verweigert hat; es ist inkorrekt, zu sagen, daß der Eigentumsanspruch durch Verletzung begründet werde.[3])

Passiv legitimiert ist der jeweilige Besitzer. Gibt der ursprüngliche Gegner des Eigentumsanspruchs den Besitz auf, so geht seine Passivlegitimation unter, wenn er nicht durch die Art der Besitzaufgabe schadenersatzpflichtig wird. Wer bei Prozeßbeginn nicht mehr besitzt, aber nach § 990 mit § 989 BGB haftet, der ist für den dort bezeichneten

---

[20]) Biermann, § 1011. 3. S. 218. [21]) Dernburg Bd. II. § 372. II. 2. S. 585 und Bd. III. S. 346. Das römische Recht kannte nur eine vindicatio partis, L. 35 § 3 D. de r. v. 6. 1. [22]) Endemann, S. 351. [23]) Kober, § 1011. 2. S. 280. [24]) Maenner, S. 59. [25]) Planck, § 1011. 3. S. 291. [26]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht. S. 186.

[1]) D. 6. 1. 9. [2]) Kober, § 985 II. 2. a. S. 246, ebenso Planck, S. 249 und Hellwig. Anspruch und Klagrecht, S. 27. [3]) Vgl. namentlich Hölder, Zeitschrift für Civilprozeß 22. S. 1 ff.

obligatorischen Ersatzanspruch passiv legitimiert, nicht aber für den Eigentumsanspruch.

Auch der Erbe ist passiv legitimiert vom Augenblick des Erbfalls an, denn nach § 857 BGB ist, wie nach deutschem Recht, anders als nach römischem Recht und Entwurf I, der Besitz vererblich. Jedoch, trotzdem der Erbe nach § 1922 sofort mit dem Erbfall Subjekt auch der Nachlaßpassiva wird, kann vor der Annahme gemäß § 1943 BGB ein gegen den Nachlaß behaupteter Anspruch, also auch der Eigentumsanspruch, dem Erben gegenüber nicht gerichtlich geltend gemacht werden, der Erbe ist also nicht vollkommen passiv legitimiert. (§ 1958 BGB).

Zur Ermittelung des Besitzers ist dienlich die Vorlegungsklage aus § 809 BGB.

2. Eine Controverse besteht über die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers, Weyl[4]) nennt sie eine der größten, die unser neues Gesetzbuch bisher gezeitigt habe. Der 24. deutsche Juristentag in Posen beschäftigte sich ausführlich damit. Besonders Wendt[5]) verneinte die Zulässigkeit des Anspruchs gegen den mittelbaren Besitzer. Gegen Wendt spricht vor allem die Entstehungsgeschichte des § 991 BGB. Nach dem ersten Entwurf sollte dem Anspruch auf Herausgabe sowohl der Besitzer als der Inhaber (an deren Stelle dann der mittelbare bezw. unmittelbare Besitzer traten) haften, weil beide in gleicher Weise der tatsächlichen Verwirklichung des Eigentums im Wege stünden. Dies war auch die Ordnung des gemeinen Rechts.[6]) Entwurf II a verneinte sodann[7]) in § 899 Abs. 2 ausdrücklich die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers; in der Schlußrevision aber wurde dieser Passus wieder gestrichen und an seine Stelle § 991 Abs. 1 BGB eingeführt und hiermit zum Ausdruck gebracht, daß eine Rechtshängigkeit auch gegen den mittelbaren Besitzer eintreten könne. Tatsächlich versteht ja auch das BGB unter „Besitzer" stets den mittelbaren wie den unmittelbaren Besitzer gleichmäßig, und es liegt kein Grund vor, gerade nur in Ansehung der Passivlegitimation gegenüber dem Eigentumsanspruch den mittelbaren Besitzer nicht als Besitzer zu behandeln. Wendts Auslegung des Schlußpassus von § 991 Abs. 1[8]), wonach dieser sich nur auf den Fall der Streitverkündung an den mittelbaren Besitzer beziehen soll, ist offenbar zu eng.[9])

Gegen Wendt hat sich denn auch die ganze Litteratur ausgesprochen und seine Auffassung kann heute als überwunden gelten.[10])

Auch praktisch würden sich aus Wendts Ansicht Unzuträglichkeiten ergeben. Müßte zum Beispiel der Eigentümer stets erst den unmittelbaren Besitzer verklagen, so würde ihm dadurch einmal die verstärkte Haftung des

[4]) Weyl, Vorträge über das BGB Bd. II. S. 59. Vgl. zu dieser Streitfrage auch die Freiburger Dissertation von Schoen, 1899. [5]) Wendt, Archiv für civilistische Praxis 87 S. 68 ff. [6]) Dernburg, Pandekten I. § 225. 3. [7]) Biermann, S. 189. 3. [8]) Wendt, Mittelbarer Besitz S. 74. [9]) Strohal, Referat S. 138. [10]) Vgl. Planck, § 985 S. 249 und § 985 1. b. β usw. S. 252, Biermann, § 985 Anm. 2 S. 189. Weyl a. a. O. S. 59, Cosack S. 16, Strohal, Sachbesitz, S. 45 ff. Lehmann, Sachenrecht § 67 Nr. 5. Scheiff, Handbuch des bürgerlichen Rechts S. 554. Engelmann, BGB S. 86 usw. Wie Wendt nur Gareis, Einführung S. 237 ff. und Bunsen, Einführung II. S. 115. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzers S. 53, nennt Wendts Annahme eine „vollkommen willkürliche". Für die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers auch OLG Dresden, 24. April 1902, R. d. OLG Bd. 5. S. 154.

mittelbaren Besitzers für die Nutzungen entgehen, zum andern könnte der unmittelbare Besitzer zur laudatio auctoris (§ 76 CPO) greifen und nun doch den Eigentümer an den mittelbaren Besitzer weisen. Man sieht nicht ein, warum dem Eigentümer nicht hier Zeit und Kosten erspart werden sollen, dadurch, daß man ihm gestattet, sofort auch den mittelbaren Besitzer anzugreifen.

In den Fällen des § 868 BGB hat also der Eigentümer die Wahl, welchen von beiden Besitzern er zunächst belangen will. In manchen Fällen wird er sich eher an den unmittelbaren Besitzer halten, so wenn der mittelbare Besitzer eines Grundstücks im Ausland ist oder dem Eigentümer unbekannt ist. In Fällen, in welchen die Ausklagung des unmittelbaren Besitzers Schwierigkeiten bietet, wie in dem von Planck[11]) erwähnten Beispiel, bei einem im unmittelbaren Besitz zahlreicher Mieter befindlichen Hause, wird sich der Eigentümer darauf beschränken können, den mittelbaren Besitzer auf Uebertragung des mittelbaren Besitzes zu verklagen.

Der Anspruchsberechtigte kann auch die beiden Besitzer zusammen als Streitgenossen verklagen. Wenn er fürchtet, der beklagte und verurteilte unmittelbare Besitzer werde die Vollstreckung des gegen ihn ergangenen Urteils dadurch vereiteln, daß er die herauszugebende Sache vorher an den mittelbaren Besitzer zurückgebe, kann er den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 935 CPO erwirken, worin das Gericht die Sequestration des Gegenstandes anordnet oder sonst eine zweckdienlich erscheinende Maßnahme trifft. (§ 938 CPO.) Ist der Eigentümer in Zweifel über die Art des Besitzes seines Gegners, so richtet er am besten die Klage alternativ für den Fall des unmittelbaren Besitzes des Beklagten auf Herausgabe im engern Sinn, für den Fall des mittelbaren Besitzes auf Übertragung des letzteren.[12]) Befindet sich eine Sache im Mitbesitz, so müssen sämtliche Mitbesitzer belangt werden.

In einem Ausnahmefall kann der Eigentümer auch gegen einen Nichtbesitzer Klage erheben; wenn der letztere selbst wegen des Eigentums mit einem dritten Besitzer in Streit befangen ist. Da geht die Klage gegen beide Parteien in Form der Hauptintervention (§ 64 CPO).

3. Nicht passiv legitimiert ist der bloße detentor, der Besitzdiener (§ 855 BGB);[13]) eine besondere Klage gegen ihn, den abhängigen Vertreter des Besitzers, ist unnötig. Der als Besitzer verklagte Besitzdiener muß beweisen, daß er nur Besitzdiener, nicht Besitzer ist.[14])

4. Das römische Recht stellte dem Besitz in zwei Fällen die sogenannte ficta possessio gleich, den possessor, qui liti se obtulit und den qui dolo malo desiit possidere,[15]) ebenso das gemeine und preußische Recht. Das BGB erwähnt diese Fälle nicht. Dernburg[16]) meint, diese ficti possessores könnten auch heute noch mit der Eigentumsklage belangt werden. Wenn der Nichtbesitzer, sagt er, sich fälschlich dem Eigentümer als Besitzer ausgab, um den Prozeß vom wahren Besitzer abzuziehen, diese seine

---

[11]) Planck, S. 251. [12]) Planck S. 252. [13]) Anders Entwurf I. § 929 S. 2, Isay Geschäftsführung S. 296. [14]) Biermann S. 189 Anm. 2, Ebenso jetzt auch Kober, § 985 II. 2. b. [15]) Salkowski, Institutionen S. 267 b, 25 pr. D. de. rei. v. 6, 1 und l. 131 D. de. R. J. 50. 17. Dernburg, Pandekten Bd. I. § 193 Anm. 8, § 196 Anm. 8. [16]) Dernburg, S. 349. 5. Ebenso Kober § 985 IV. b. S. 247.

falsche Angabe im Lauf des Prozesses ohne weiteres widerrufen dürfte und daraufhin „freigesprochen" würde, so wäre das für den Kläger eventuell gefährlich. In der Erklärung des Beklagten liege ein gerichtliches Geständnis, das nach § 290 CPO nur wegen Irrtums widerrufen werden könne. Dieser liege hier nicht vor, deshalb sei auf Herausgabe zu urteilen. Auf die Unmöglichkeit der Herausgabe kann sich der Verurteilte nach § 767 CPO nicht berufen, deshalb erfolgt die Verstreckung nach § 893 CPO. Im Ergebnis dasselbe sagen Planck[17]) und Maenner,[18]) doch betonen sie mit Recht, daß der Beklagte hier aufgrund der Annahme, daß er Besitzer sei, nicht aufgrund seiner ficta possessio verurteilt werde. Also irrt Dernburg, wenn er annimmt, die Stellung der ficti possessores sei durch das neue Recht nicht verändert worden; nur infolge einer prozessualen Vorschrift werden sie verurteilt.

Zudem haftet der fictus possessor, wenn die Voraussetzungen des § 823 oder § 826 BGB vorliegen, nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen für den Schaden, der dem Kläger durch die Vorspiegelung des Besitzes entsteht.[19])

Wenn der, qui liti se obtulit, im Prozeß, aber vor den Erklärungen, die als Geständnis aufzufassen sind, den Einwand des Nichtbesitzes erhebt, so ist er zum Ersatz aller durch die Verzögerung des Rechtsstreits gegen den wahren Besitzer für den Eigentümer entstandenen Kosten zu verurteilen. Auch der, welcher vor Prozeßbeginn dolo malo desiit possidere, wird heute im Prozeß nicht mehr als Besitzer fingiert. Daß er dolo malo der Sache sich entschlug, zeigt an, daß er unredlicher Besitzer war, und dieser haftet dem Eigentümer nach § 989 und § 990 für den verschuldeten Verlust der Sache schon vor der Rechtshängigkeit; der Anspruch auf Herausgabe verwandelt sich in den Anspruch auf Schadensersatz.

II. Abschnitt. Objekt des Anspruchs.

1. Das BGB regelt den Eigentumsanspruch gleichmäßig für Fahrnis wie für Grundstücke entgegen dem ältern deutschen Recht, welchem folgend es den Erwerb und Verlust des Eigentums an beiden verschieden behandelt. Freilich hat die Eigentumsklage bei beweglichen Sachen durch die eigenartige Gestaltung der Beweislast wieder ein deutschrechtliches Gepräge bekommen.[1])

Auch Grundstücksteile können den Gegenstand des Anspruchs bilden,[2]) besonders kann bei Grenzstreitigkeiten der Eigentümer, der den richtigen ihm günstigeren Lauf der Grenze nachweist, mittels der Eigentumsklage den diesseits der Grenze gelegenen vom Nachbar zu Unrecht besessenen Teil verlangen.

Im praktischen Leben wird bei beweglichen Sachen nur selten die Eigentumsklage erhoben werden, der Anspruch aus früherem Besitz, die petitorische Klage des § 1007 BGB, führt hier in den meisten Fällen leichter zum Ziele. § 260 CPO gestattet eine Verbindung der Klagen aus § 1007 und § 985, so daß der Kläger seinem Klageantrag eine eventuelle Fassung geben kann, indem er zunächst mit dem Anspruch aus

[17]) Planck § 985 1 b. z. S. 252. [18]) Maenner S. 160 Anm. 13. [19]) Biermann S. 189 Anm. 2. Planck a. a. O. [1]) Kober S. 244 l. [2]) Cosack S. 162.

dem früheren Besitz vorgeht und nur wenn diese nicht zum Ziele führt, zur Eigentumsklage schreitet. Schon nach gemeinem Recht war diese Verbindung der rei vindicatio und actio Publiciana so üblich, daß für die bloß subsidiäre Anstellung der Eigentumsklage sogar die Vermutung sprach.[3])

Nur in wenigen Ausnahmefällen wird der Eigentümer beweglicher Sachen genötigt sein, den umständlichen Apparat der Eigentumsklage in Bewegung zu setzen. Vor allem, wenn weder er noch sein Besitzvorgänger jemals den Besitz der Sache hatte, wie dies in § 1007 verlangt wird. Dieser Fall liegt zum Beispiel vor beim Fruchterwerb durch den Fruchtziehungsberechtigten dann, wenn ein Unberechtigter zur Zeit der Fruchtabtrennung sich im Besitz der Muttersache befindet oder Früchte von der Muttersache trennt und in Besitz nimmt.[4])

Seltener sind die Fälle, wo der Eigentümer deshalb sich der Klage aus § 985 bedienen muß, weil er eine Sache, die ihm nicht abhanden gekommen ist, einem redlichen Erwerber abdringen will, welcher trotz gutgläubigen Erwerbes nicht Eigentümer geworden ist. Ein solcher Fall liegt zum Beispiel vor, wenn ein Verwahrer eine ihm nach § 688 BGB übergebene Sache an einen Dritten veräußert, welcher seine Nichtbefugnis zur Veräußerung kennt, und wenn dieser bösgläubige Empfänger die Sache alsdann in Dereliktionsabsicht fortwirft und ein gutgläubiger Vierter, der vielleicht das Fortwerfen gesehen hat, die Sache in Besitz nimmt.[5]) Ebenso wenn der Eigentümer die Sache einem Mieter überläßt, dieser sie einem unredlichen Dritten übereignet, dieser Dritte endlich sie, vielleicht ohne Nennung seines Namens, bei einem redlichen Vierten hinterlegt.

Mit der Sache ist auch die Hälfte des in ihr etwa gefundenen Schatzes herauszugeben, die nach § 984 dem Eigentümer der Sache gehört, in welcher der Schatz verborgen war.

Hatte die Sache durch Verbindung ihre Selbständigkeit vorübergehend eingebüßt, so konnte nach römischem Recht die Eigentumsklage erst nach erfolgter, durch actio ad exhibendum erzwungener Trennung stattfinden.[6])

Jetzt kann der Eigentümer schon vor der Trennung den Herausgabeanspruch geltend machen, wenn die Sache durch die Verbindung zwar ein Bestandteil der Sache des Besitzers wurde, aber kein wesentlicher, sodaß an den Eigentumsverhältnissen nichts geändert ist.[7]) Ist die bewegliche Sache mit einer andern Sache aber so verbunden worden, daß sie wesentlicher Bestandteil derselben geworden ist, so finden die §§ 946 ff. bis § 951 Anwendung.

2. Uneinigkeit herrscht über die Behandlung der Sachgesamtheit. Im römischen Recht galt im allgemeinen der Satz quot res tot vindicationes. Jedoch: per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius scribit.[8]) Demgemäß wurden im gemeinen Recht außer der Herde auch andere Kollektivganze, zu deren Wesen ein natürlicher Wechsel und eine Ergänzung ihrer Bestandteile aus sich selbst heraus gehört, inbezug auf die Vindikation als eine Sacheinheit aufgefaßt.[9]) Die Motive[10]) betonen mit Recht, bei der Eigentumsklage auf eine Sachgesamtheit erhebe sich nur die rein pro-

[3]) Endemann S. 352. [4]) Lehmann S. 100. [5]) Lehmann S. 100. [6]) Salkowski S. 261. [7]) Vgl. Mot. III. S. 357. [8]) Ulpianus l. l. § 3 de. r. v. [9]) Salkowski S. 210. [10]) Mot. S. 396.

zessuale Frage, ob der Sammelname eine genügende Bezeichnung des Prozeßgegenstandes enthält, ob er dem § 253 Abs. 2 Z. 2 CPO entspricht. Ist der Sammelname nicht bezeichnend und bestimmt genug, so müssen allerdings die herausverlangten Gegenstände in der Klage einzeln aufgeführt werden.[11]) Wohl aber wird eine konkrete, durch eigentümliche Exlibris und Einbände kenntliche Bibliothek, eine durch die Schiffspapiere und Zeichen nachweisbare Schiffsladung als ein Ganzes vindiziert werden können.[12]) Selbstverständlich ist das zum Beispiel bei einer aus mehreren Bänden bestehenden eigenhändig geschriebenen Dorfchronik, doch auch die Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen wird unter einer einheitlichen Bezeichnung herausverlangt werden können, ohne daß der Kläger von jedem Bande besonders zu beweisen hätte, daß er sein Eigentum sei. Die dem Richter obliegende freie Beweiswürdigung wird hier überhaupt besonderen Spielraum haben.[13])

Nach § 260 BGB ist der Beklagte verpflichtet, ein Verzeichnis des Bestandes der Sachgesamheit anzufertigen und eventuell, falls nämlich der Verdacht nicht sorgfältiger Anfertigung des Verzeichnisses begründet erscheint und es sich nicht um Sachen von geringer Bedeutung handelt, den Offenbarungseid zu leisten.

Wird erst nach dem Urteil, durch welches die Herausgabe einer Sachgesamheit angeordnet wurde, streitig, was zu derselben gehört, so muß hierüber nachträglich besonders verhandelt werden.

Die Ansicht Cosacks[14]), wonach die Eigentumsklage auf eine Sachgesamtheit schlechthin gegeben sein soll, ohne Betonung des § 253 CPO, wird wohl in dem hier dargelegten Sinne zu berichtigen sein. Die Eigentumsklage auf einen Sachinbegriff als solchen ist ausgeschlossen, denn dieser ist keine Sache im Sinn des BGB[15]).

3. Über Wechsel als Objekt des Eigentumsanspruchs vgl. W. O. Art. 73, 74 und 36 und RG 33 S. 147 f.

III. Abschnitt. Der dingliche Anspruch des Eigentümers

1. Der Inhalt des klägerischen Anspruches geht auf Herstellung des rechtmäßigen tatsächlichen Zustandes für die Zukunft[1]), das Ziel des Anspruches ist die Eigentumsherausgabe.

Die römische Doktrin verstand darunter vielfach bloß ein Unterlassen des ferneren Besitzes. Die Motive[2]) lehnen diese Auslegung (welche sich auch mit dem Ausdruck Herausgabe schlecht verstünde) als zu eng ab, da

---

[11]) Kober, § 985. 1. 4. a. [12]) Gaupp-Stein CPO 2. § 833 I. 2. a. Ebenso Endemann S 356 f: Zur Individualisierung genügt, wenn aus den angegebenen Tatsachen und Merkmalen die konkrete Sache bestimmbar ist: durch Zeugen, richterliches Ermessen, Gutachten der Sachverständigen usw. Doch ist es zulässig, daß sowohl auf Herausgabe einer mit einer andern noch verbundenen Sache, als auch auf Herausgabe eines Sachinbegriffs geklagt werde, dessen exakte Feststellung erst im Lauf des Rechtsstreits erfolgt Das römische Recht verlangte eine völlig genaue Bestimmung und Beschreibung der species; so bei Gewändern die Angabe von Zahl, Farbe, Beschaffenheit usw. Dig. 6. 1. 6. Die heutige freiere Auslegung vertritt RG 12 338. [13]) Biermann S. 191. ebenso Rehbein zu § 90—103 S. 80, Matthiaß S. 84, Kober § 985. 4. a S. 245. [14]) Cosack S. 173. [15]) Biermann S. 191.

[1]) Mot S. 393. [2]) Mot. S. 398.

mit dem bloßen Unterlassen dem Eigentümer noch kein sicherer Weg zur Herstellung des seinem Recht entsprechenden Zustandes eröffnet sei. Es genügt auch nicht die Duldung der Wegnahme, vielmehr ist der Besitzer verpflichtet, „heraus" zu „geben", er muß positiv handeln und dafür sorgen, daß die Sache in den Besitz des Eigentümers kommt, ein herauszugebendes Grundstück muß er zum Beispiel besitzfrei machen usw.[3])

2. In dieser Art vollzieht sich die Herausgabe bei dem unmittelbaren Besitzer, der seinen Besitz nicht nach § 868 BGB von einem Oberbesitzer ableitet; er hat den unmittelbaren Besitz einzuräumen entsprechend § 854 BGB.

3. Für den mittelbaren Besitzer ist Herausgabe im engeren Sinn unmöglich.[4]) Doch auch gegen ihn genügt ein Klageantrag auf Herausgabe schlechthin[5]); unter letzterer ist hier die Übertragung des mittelbaren Besitzes zu verstehen.[6]) Das Gesetz spricht nur von Herausgabe, der Kläger braucht in seinem Klageantrag nicht korrekter zu sein als das Gesetz selber. Er muß es nur vermeiden, seinen Antrag direkt auf Herausgabe im wörtlichen Sinn, das heißt auf Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu stellen. Dann ist die Vollstreckung des bloß auf Herausgabe im allgemeinen lautenden Urteils möglich und hat zu geschehen nach § 886 ZPO. Mit dem Urteil erhält der Kläger dann den Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer auf Herausgabe der Sache. Selbstverständlich kann der Eigentümer auch auf Abtretung dieses Anspruchs direkt seine Klage stellen.[7]) Die Abtretung erfolgt durch Vertrag, sie gilt als erklärt mit der Rechtskraft des Urteils, gemäß § 894 ZPO.

Endemann[8]) betont, das gegen den mittelbaren Besitzer ergangene Urteil könne nur dann zu einer unmittelbaren Vollstreckung führen, wenn erst nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit der Beklagte zum unmittelbaren Besitzer geworden wäre, gemäß ZPO § 727 I. und 325 I.

Sonst will Endemann gegen den mittelbaren Besitzer nur eine Klage auf Anerkennung des Eigentums (also wohl eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO) und Duldung der Zwangsvollstreckung in die vom unmittelbaren Besitzer für ihn innegehaltene Sache klagen. Die zu dieser Konstruktion der Klage benutzte Analogie zu § 737 ZPO (Zwangsvollstreckung in die dem Nießbrauch an einem Vermögen unterliegenden Gegenstände ohne Rücksicht auf den Nießbrauch, wenn der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist) ist sehr gezwungen. Auch Endemann gesteht die Möglichkeit der Klage auf Abtretung des dem mittelbaren Besitzer zustehenden Herausgabeanspruchs zu. Das Mißliche, welches Endemann diese Stellung der Klage unpraktisch erscheinen läßt, ist allerdings vorhanden, nämlich: daß der Kläger dann eventuell gezwungen sei, gegen den unmittelbaren Besitzer noch einen zweiten

---

[3]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 28. Andrer Meinung Zitelmann, Internationales Privatrecht II. S. 234 ff., dessen Ausführungen nur für die Fälle der §§ 867 und 1005 gelten, wie Hellwig überzeugend nachweist. Die Bedeutung dieser Sätze zeigt sich besonders bei der Zwangsvollstreckung und der Verteilung der Kosten. [4]) Vgl. Wendt, Gutachten S. 8 ff. [5]) Kober, § 986. 3. S. 248. [6]) Biermann § 985. 3 S. 190. Vgl Entwurf I. § 929, ZPO § 886 und Prot. 6. 237. [7]) Biermann a. a. O. Planck will § 985. 2. b., nur die Klage auf Abtretung des Anspruchs als gegeben annehmen. Auch Maenner verwirft S. 161) den Anspruch auf Einräumung des mittelbaren Besitzes und sagt „der mittelbare Besitzer hat für die Herausgabe der Sache Sorge zu tragen." [8]) S. 354 f.

Prozeß anzustrengen. Aber der Eigentümer kann ja, wenn ihm dran liegt den unmittelbaren Besitz möglichst bald zu erlangen, die Eigentumsklage von vornherein gegen den unmittelbaren Besitzer richten.[9])

4. Gegen den unmittelbaren Besitzer, dem ein rechtmäßiger mittelbarer Besitzer den Besitz unbefugterweise (zum Beispiel entgegen § 549 oder § 603 oder § 691 BGB) übertragen hat, geht nach § 986 Abs. 1 S. 2 die Klage auf Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an den Eigentümer selbst. Daß der nun mittelbare Besitzer zur Überlassung des Besitzes nicht befugt war, muß der Eigentümer beweisen.[10]) Ohne § 986 Abs. 1 S. 2 wäre der Eigentümer zu dem Umweg gezwungen, den unmittelbaren Besitzer auf Herausgabe zu verklagen und die herausgegebene Sache dem mittelbaren Besitzer zurückzugeben.[11]) Gewöhnlich wird der Eigentümer neben seinem dinglichen Anspruch in diesen Fällen einen persönlichen Anspruch auf Schadensersatz haben, weil der mittelbare Besitzer durch die Übertragung des Besitzes gesetz- oder vertragswidrig gehandelt hat.

5. Über die besondere Form des Klagebegehrens, wenn ein Miteigentümer den Eigentumsanspruch geltend macht, vgl. oben I. Abschn. § 1, 3.

6. Neben der Vindikation[12]) kann der Eigentümer bei beweglichen Sachen nach § 1005 gegen den Besitzer des Grundstücks, auf dem sich die Sache befindet (zum Beispiel die entflohene Schildkröte), den im § 867 BGB für den Besitzer bestimmten Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung erheben.

IV. Abschnitt. Obligatorische Nebenansprüche des Eigentümers (§§ 987—993.)

a. Allgemeines.

Neben dem dinglichen Anspruch des § 985 werden in den §§ 987 bis 993 einige weitere Ansprüche geregelt, welche zwar auch das Eigentum zur Grundlage haben, daneben aber zu ihrer Entstehung eine besondere, den Besitzer verpflichtende Tatsache voraussetzen. Nach ihrer Stellung im System des BGB könnte man sie für dingliche Ansprüche halten, zumal sie mit dem Eigentumsanspruch und der actio negatoria ꝛc. unter der Gesamtbezeichnung „Ansprüche aus dem Eigentum" vereinigt sind. Aber diese zum Eigentumsanspruch hinzutretenden Ersatzansprüche usw. sind rein persönlicher Natur. Sie haben das Eigentum nur in demselben Sinne zur Grundlage wie die Ansprüche aus Eigentumsdelikten.[1]) Sie stehen nicht wie die rein dinglichen Ansprüche dem jeweiligen Eigentümer als solchem zu, sondern demjenigen Eigentümer, dem gegenüber der Besitzer infolge der besonderen Tatsache (Rechtshängigkeit, Unredlichkeit, Verzug usw.) verpflichtet ist. Auf den Rechtsnachfolger dieses Eigentümers gehen sie nur durch ausdrück-

---

[9]) Lehmann, S. 105, 8. — Vgl. auch die Ausführungen bei Strohal S. 46, welcher Fälle (wie den des Connossementsberechtigten) bespricht, in denen der mittelbare Besitz eine derart selbständige Bedeutung einnimmt, daß der mittelbare Besitzer als der rechte, wenn nicht der einzige Beklagte gelten muß. [10]) Biermann, zu § 986 [11]) Kober, § 986. 3 S. 248. [12]) Wehl Vorträge S. 62.

[1]) Maenner, S. 163.

liche oder stillschweigende Abtretung über. An sich gehörten diese Paragraphen also in das Recht der Schuldverhältnisse; sie sind Sondervorschriften und ergänzen die allgemeinen Sätze des zweiten Buchs des BGB, welche im übrigen auch hier zur Anwendung kommen.[2]) Besonders die Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen werden teils eingeschränkt (§ 992), teils erweitert (§§ 990, 991 Abs. 1), § 280 und die allgemeinen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung werden eingeschränkt durch § 993. Der Grund für diese Abänderung der allgemeinen Sätze des Obligationenrechts liegt darin, daß dieselben zumteil den Eigentümer nicht wirksam genug schützen, zumteil aber auch zu einer dem geltenden Rechte und der Rücksicht auf den Besitz widerstreitenden Überspannung des Eigentumsschutzes führen würden.[3])

Der Unterschied zwischen dem dinglichen Anspruch und diesen persönlichen Ansprüchen zeigt sich besonders, wenn der Besitzer in Konkurs gerät. Der Anspruch aus § 985 als Anspruch auf Herausgabe eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes ist ein Aussonderungsanspruch nach § 43 KO, die Ansprüche der §§ 987—993 aber machen ja nur geltend, daß aus dem Vermögen des Gemeinschuldners an den Eigentümer eine Leistung zu bewirken sei, sie sind also bloße Konkursforderungen, wenn nicht die besonderen Voraussetzungen des § 46 KO gegeben sind. Jedoch unterliegen Früchte, die erst nach dem Aufhören des guten Glaubens des Besitzers getrennt werden (§ 990 I. 2 BGB), der Aussonderung, da sie gemäß § 953 BGB dem Eigentümer unmittelbar zufallen.[4])

b. Der Anspruch auf Schadensersatz.

§. 1.

Der redliche Besitzer.

1. Vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit (das heißt vor der Zustellung der Klage oder der späteren Geltendmachung des Anspruchs in der mündlichen Verhandlung)[1]) des Eigentums ist der redliche Besitzer, selbst wenn er fahrlässig handelt, dem Eigentümer nicht verantwortlich. Ein Grundstück zum Beispiel braucht er nur in dem Zustande herauszugeben, in dem es sich beim Eintritt der Rechtshängigkeit befunden hat (§ 993 Abs. 1, letzter Satz). Für die Veräußerung der Sache vor der Rechtshängigkeit haftet er nur nach Maßgabe des § 816 Abs. 1, das heißt, er ist zur Herausgabe des durch die unberechtigte Verfügung Erlangten verpflichtet.[2])

Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit ab ist nach § 989 der Besitzer, also auch der redliche, dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens (das heißt: seines die im

---

[2]) So insbesondere die Vorschrift des § 255, wonach derjenige, der für den Verlust einer Sache usw. Schadensersatz zu leisten hat, zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache zustehen. [3]) Planck, Vorbemerkung 1 vor § 987, S. 254. [4]) Jaeger, KO § 43 S. 359 f.

[1]) § 263. Abs. 1. § 281 CPO. [2]) Biermann § 990 1 S. 295.

Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzenden Handelns[3]) die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.

Von diesem Zeitpunkte an muß nämlich auch der redliche Besitzer damit rechnen, daß er eventuell eine fremde Sache besitzt. Deshalb ist er verpflichtet, von nun an alle Sorgfalt auf die Erhaltung und Nutzbarmachung der Sache zu wenden, damit der Gegenstand der Rückgabe am Ende des Prozesses nicht vermindert sei; er hat die Sache für den Kläger zu fruktifizieren und sie, wie Kohler[4]) sagt, als dessen Verwalter zu benützen.

Die Unmöglichkeit der Herausgabe kann eine objektive sein oder eine subjektive, die Verschlechterung eine physische oder eine rechtliche, wie im Falle der Belastung der Sache mit einem Rechte.

Wenn der Besitzer die Sache nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit in der Art einem andern übergibt, daß er selber mittelbarer Besitzer wird, wirkt nach § 325 ZPO das Urteil auch gegen den nun unmittelbar Besitzenden, doch der mittelbare Besitzer wird trotzdem eventuell schadensersatzpflichtig, zum Beispiel, wenn dem Eigentümer durch diese Entfernung des Besitzes vermehrte Kosten entstehen, besonders aber wenn der Eigentümer die Sache von dem unmittelbaren Besitzer aus irgend einem Grunde nicht erlangen kann.[5])

Selbst wenn der Besitzer nach der Rechtshängigkeit die Sache an einen Dritten zurückgibt auf Grund eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen er den Besitz erworben hat (zum Beispiel der Mieter dem Vermieter, der Käufer wegen Nichtverschaffung des Eigentums dem Verkäufer), muß er dem Eigentümer den dadurch entstandenen Schaden ersetzen[6]), denn er ist nach der dem § 989 zugrund liegenden ratio verpflichtet, die Sache dem eventuell siegenden Eigentümer unversehrt aufzubewahren. War der Besitzer jedoch aufgrund eines vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit begründeten Rechtsverhältnisses zur Übertragung des Besitzes verpflichtet und hat er diese Pflicht erst nach der Rechtshängigkeit erfüllt, so wird er regelmäßig entschuldigt sein.[7])

In keinem Fall ist der Besitzer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß dem den Anspruch auf Herausgabe Erhebenden die Sache nicht sofort herausgegeben wird.[8]) Im Interesse des wahren Eigentümers ist er vielmehr verpflichtet, den Beweis des Eigentums abzuwarten und solange die Herausgabe zu verweigern.

2. Eine gesteigerte Haftung trifft den vermittelnden gutgläubigen Besitzer. Die Motive[9]) hielten eine besondere Vorschrift über diesen Fall für nicht nötig, aber entsprechend einer Anregung von Bolze[10]) nahm die zweite Kommission den § 991 Abs. 2 auf, wonach der Besitzer, auch wenn er beim Erwerb seines Besitzes in gutem Glauben war, schon von dem Erwerb an den in § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer insoweit zu vertreten hat, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist. Der

---

[3]) In diesem vollen Sinne des § 276 BGB ist nach Endemann S. 362 Anm. 17 das „Verschulden" in § 989 zu verstehen. [4]) Kohler in der Zeitschrift für den deutschen Civilprozeß Bd. XXIX, 1901, S. 7. Endemann S. 362. [5]) Planck, § 989. 3. b. S. 258 Biermann, § 989 S. 194. [6]) Planck, § 989. 3. b. S. 258. [7]) Biermann, § 989 S. 194. [8]) Planck, § 989. 3. S. 258. [9]) Mot. S. 406. [10]) Bolze im Archiv für civilistische Praxis Bd. 74. S. 106.

Besitzer verletzt nämlich durch eine schuldhafte Beschädigung der Sache stets das Eigentum als solches, es ist deshalb unerheblich, ob anstelle seines mittelbaren Besitzers, den er etwa für den Eigentümer hält und dem er verantwortlich ist, ein andrer, der wahre Eigentümer, für das objektiv verletzte Eigentum Ersatz verlangt. Aber nur insoweit ist der Unterbesitzer dem Eigentümer verhaftet, als seine Verpflichtung gegen den Oberbesitzer reicht, zum Beispiel haftet er, wenn er die Sache unentgeltlich in Verwahrung genommen hat, nach § 690 nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt usw. Dagegen haftet er dem Eigentümer nie für Zufall, auch wenn er etwa dem Oberbesitzer gegenüber diese Verpflichtung übernommen haben sollte, denn auch in dem Falle, daß er dem Eigentümer unmittelbar als redlicher Besitzer gegenüberstünde, würde er nach § 989 dafür nicht einstehen.[11])

Die Ansprüche des Oberbesitzers gegen den Unterbesitzer erlangt der Eigentümer wie durch eine cessio legis. Die Verpflichtungen des Unterbesitzers werden nicht dadurch gesteigert, daß dem Oberbesitzer gegenüber die Rechtshängigkeit eintritt; ebensowenig wirkt die Erhebung der Eigentumsklage gegen den unmittelbaren Besitzer zu ungunsten des mittelbaren Besitzers.[12]) Der Entwurf und das Gesetz lassen es bei diesem Resultat, sagen die Motive, weil die Erstreckung der Wirkung eines prozessualen Tatbestandes auf eine Person, welche nicht Prozeßpartei oder Rechtsnachfolger einer Prozeßpartei ist, hier nicht ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint. Diese Bestimmung kann dem Eigentümer großen Nachteil bringen, zu dessen Vermeidung ihm die gleichzeitige Erhebung der Klage gegen beide Besitzer dienlich ist; zum mindesten muß er dem andern Besitzer Kenntnis seiner Ansprüche geben[13]), um ihn in bösen Glauben zu versetzen, doch wird diese Benachrichtigung diese Wirkung selten haben.

3. In manchen Fällen kann der Eigentümer überhaupt bloß Schadensersatz verlangen, so wenn die früher ihm gehörende bewegliche Sache mit einem Grundstück dergestalt verbunden worden ist, daß sie ein wesentlicher Bestandteil desselben wurde; ebenso in den Fällen der §§ 947, 948, 950. Trotzdem wird die Frage zu verneinen sein, ob die Klage von vornherein auf Schadensersatz gestellt werden könne, denn die Klage ist ihrem Grunde nach auf Herausgabe der Sache gerichtet, setzt also ihrem Wesen nach den Besitz auf seiten des Beklagten voraus.[14]) Doch während des Prozesses kann sich wohl der Herausgabeanspruch in den Schadensersatzanspruch verwandeln.[15]) Prozessual liegt hierin, wenn Schadensersatz wegen Verschlechterung verlangt wird, eine Erweiterung des Klageantrags inbezug auf Nebenforderungen, wenn aber der Schadensersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Herausgabe geltend gemacht wird, die Forderung des Interesses statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ohne Änderung des Klagegrundes. Beides ist nach § 268 CPO als eine Klageänderung nicht aufzufassen.[16])

---

[11]) Planck, § 991. 2. S. 261, a. A. früher Biermann, nun ebenso in § 991 Anm. 2. S. 196. [12]) Vgl. Mot. S. 408. [13]) Dernburg, S. 355. III. [14]) Kober, § 985 I. 2. S. 244. [15]) Vgl. RG 26, 387. [16]) Planck, § 989. 4. S. 250. Kober, § 989. 1.

4. Über die weitergehende Haftung des gutgläubigen Besitzers in dem Falle, daß er sich der Sache durch verbotene Eigenmacht oder eine strafbare Handlung bemächtigt hat, vgl. unten § 4.

5. Was die Verteilung der Beweislast betrifft, so ist folgendes zu bemerken: Der Kläger hat darzutun, daß die Unmöglichkeit der Herausgabe erst nach der Rechtshängigkeit eingetreten ist; dagegen obliegt dem Besitzer der Entlastungsbeweis dahin, daß er nicht schuldhaft gehandelt habe.

§ 2.

Der unredliche Besitzer.

1. Der § 990 bestimmt bezüglich der Haftung des unredlichen Besitzers für Schadensersatz: War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigentümer schon von der Zeit des Erwerbes an nach § 989, also ebenso wie der redliche Besitzer von der Rechtshängigkeit an. Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an.

Also ist auch hier, wie bei der Ersitzung (§ 937) und dem Fruchterwerb (§ 955) der böse Glaube doppelgestaltig.[1]) Beim Erwerb der Sache gilt als unredlich nicht nur, wer den Mangel seines Rechts zum Besitze direkt kennt, sondern auch, wer ihn aus grober Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 932 Abs. 2).[2]) Nach dem gutgläubigen Erwerb kann der böse Glaube, mala fides superveniens, nur durch das direkte Erfahren des Rechtsmangels bewirkt werden. Der Ausdruck „nicht in gutem Glauben" ist übrigens hier, wie Planck[3]) nachweist, ungenau angewandt. Gemäß § 932 ist der „Erwerber" dann „nicht in gutem Glauben", wenn ihm bekannt usw. ist, daß „die Sache nicht dem Veräußerer gehört". Hier aber muß ihm, wie auch der Entwurf I und ein in der zweiten Kommission angenommener Antrag besagte, bekannt sein, daß er „zum Besitze nicht berechtigt ist". Dieser Umstand ist denn auch in § 990 Abs. 1 S. 2 als der entscheidende bezeichnet. — Weiter ist erforderlich die Kenntnis des Besitzers, daß er eben diesem Eigentümer gegenüber zum Besitz nicht berechtigt ist.[4]) Hat zum Beispiel der Besitzer die Sache an einen Dritten durch einen ungiltigen Vertrag verpachtet, so genügt nicht die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Dritten davon, daß er dem „Verpächter" gegenüber zum Besitze nicht berechtigt ist, sondern es ist seine Kenntnis nötig, daß dieser dem Eigentümer gegenüber kein Besitzrecht hat.[5])

2. Sind mehrere unredliche Besitzer einander nachgefolgt, so haftet jeder für die Schäden, welche die Sache während seiner Besitzzeit erlitten hat. Die Beweislast liegt dem Eigentümer ob[6]), wohl in der Art, daß

---

[1]) Anders Entwurf I. [2]) Nach RG 2. 308 ist bösgläubiger Besitzer auch der Käufer eines Grundstücks, dem es nur übergeben, nicht aufgelassen wurde; dagegen Biermann, § 990. 1 S. 295 [3]) Planck, § 990. 2. a. β. S. 259. Vgl. Planck, § 937. 2. b. [4]) Planck a. a. O. [5]) Ebenso Biermann, § 990. 1. S. 295. Vgl. Mot. S. 406 und Maenner, § 27, Anm. 38. S. 165. a. [6]) Biermann a. a. O Kober, § 990. 2. S. 252.

er das Vorhandensein der Schäden nachzuweisen hat, wogegen die einzelnen Besitzer sich dahin exkulpieren müssen, daß diese Schäden nicht während ihrer Besitzzeit der Sache zugefügt worden seien.

§ 3.

Die weitergehende Haftung wegen Verzugs.

1. Die Motive erklären auf das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer seien gleich den übrigen Sätzen des Obligationenrechts auch die Bestimmungen über den Verzug selbstverständlich anwendbar.[1]) Nur um möglichen Zweifeln zu begegnen, hielten sie es für zweckmäßig, dies im Gesetz besonders zum Ausdruck zu bringen. Die Vorschrift des § 934 des Entwurfs I sollte darnach sowohl für den unredlichen wie für den redlichen Besitzer gelten. Nach der Stellung des jetzigen § 990 Abs. 2 im Gesetz wird man aber annehmen müssen, daß nur der unredliche Besitzer von der verstärkten Verzugshaftung betroffen werden kann.[2]) Nur Weyl[3]) steht noch auf dem Standpunkt der Motive und stützt sich dabei auf die gewiß sehr willkürliche Annahme, daß bei den Verweisungen auf § 990 in den §§ 991 Abs. 1, 994 Abs. 2 (wo doch „nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit" — „nach dem Beginn der in § 990 bestimmten Haftung" = redl. — unredl. Besitzer deutlich in Gegensatz gestellt sind!) und 996 nur § 990 Abs. 1, nicht unser § 990 Abs. 2 gemeint sei. Die Masse der Schriftsteller ist andrer Ansicht.[4]) Es wäre denn auch wohl schwierig, den redlichen Besitzer als solchen in Verzug zu setzen. Das einzige Mittel dazu wäre, in ihm die feste Einsicht zu bewirken, daß er unrechtmäßig besitzt (es genügt dann nicht, wenn er dieses aus grober Fahrlässigkeit nicht erkennt). Aber mit dieser direkten Kenntnis seines mangelnden Rechts zum Besitze verwandelte sich der redliche sofort in einen unredlichen Besitzer, also setzte man höchstens einen unredlichen Besitzer in Verzug.

Der gute Glaube des Besitzers ist immer ein Umstand von der in § 285 BGB angeführten Art.[5]) Wenn aber, wie eben dargelegt wurde, der böse Glaube nachträglich eintritt[6]), können auch die Verzugsfolgen Platz greifen.

2. Der Eintritt der Verzugshaftung wird nach § 284 herbeigeführt durch eine Mahnung des Eigentümers, ebenso durch die Erhebung der Klage. Den redlichen Besitzer aber versetzt letztere nicht ohne weiteres in mala fides oder in Verzug.[7]) Der unredliche Besitzer haftet also stets von der Rechtshängigkeit an nach den Vorschriften über den Verzug. Nach § 287 hat er nun nicht nur jede Fahrlässigkeit zu vertreten, sondern

---

[1]) Mot. S. 408 f. [2]) Vgl. Prot. S. 344. 348. OLG Jena in R. d. OLG Bd. 2 S. 267. [3]) Weyl, im Archiv fürs bürgerliche Recht, Bd. 14 S. 127. [4]) Scheiff. S. 556. 3. Biermann, § 990. 2. S. 195. Kober, § 990. 3. b. S. 252. Planck, § 990. 4. S. 260. Maenner S. 166. [5]) Vgl Mot. S. 409. [6]) Der klagende Eigentümer weist zum Beispiel durch unanfechtbare Urkunden oder einen Auszug aus dem Grundbuch nach, daß der Besitzer Nichteigentümer sei, oder er beweist, daß die streitigen Wertpapiere ihm vordem abhanden gekommen seien. [7]) Kober, § 987 3. S. 250. Vgl. § 292 Abs. 2 BGB. Ebenso das gemeine Recht, RG. 3. 201. Seufferts Archiv, Bd. 46, Nr. 3.

er ist auch für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Er muß namentlich auch denjenigen Schaden ersetzen, der dem Eigentümer durch die Vorenthaltung der Sache entsteht [8]), zum Beispiel für versäumte Früchte, die nur der Eigentümer hätte ziehen können.

Der unredliche Besitzer muß sich nach dem Eintritt des Verzugs auch gefallen lassen, daß der Eigentümer das ihm nach § 286 Abs. 2 BGB zustehende Rücktrittsrecht ausübt und, wenn die Herausgabe der Sache infolge des Verzugs kein Interesse mehr für ihn hat, unter Ablehnung der Herausgabe Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt.

3. Der Eigentümer, der den Besitzer mit der Haftung wegen Verzugs in Anspruch nehmen will, muß dartun, daß er denselben gemahnt oder verklagt habe, außerdem aber hat er die Unredlichkeit des Besitzers zu beweisen. Dagegen muß letzterer sich zu entlasten suchen mit dem Nachweis, daß er redlicher Besitzer sei usw., selbst als unredlicher Besitzer aber kann er sich exkulpieren mit der Ausführung, er habe wohl gewußt, daß er zum Besitze nicht berechtigt sei, doch habe er ohne Fahrlässigkeit nicht gewußt, daß gerade der Kläger der Eigentümer sei. [9])

§ 4.

Die Haftung wegen verbotener Eigenmacht oder wegen einer strafbaren Handlung.

Während unter dem Gesichtspunkt des Verzugs nur die Haftung des unredlichen Besitzers sich verstärkt, trifft die erweiterte Haftung wegen verbotener Eigenmacht oder wegen einer strafbaren Handlung den redlichen wie den unredlichen Besitzer im selben Maße. Jener mußte hier gleich diesem behandelt werden: es greift für den im öffentlichen Interesse zu schützenden Besitzstand eine objektive Haftung Platz. [1])

Nach den allgemeinen Sätzen des Obligationenrechts würde eine solche Haftung begründet werden durch jeden verbotenen Eingriff in die Rechtssphäre des Eigentümers durch die Verfügung einer andern Person. Diese Folgerungen werden eingeschränkt durch § 992 BGB. Diesem zufolge haftet der Besitzer dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen nur dann, wenn er sich den Besitz verschafft hat durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung. Also führen zu dieser Haftung nicht die Handlungen, welche nach der Besitzerlangung an der Sache vorgenommen werden, vielmehr nur diejenigen Handlungen, durch welche der Besitz erlangt ist. Damit ist, wie die Motive [2]) sagen, das Eigentum total verletzt, in den tatsächlichen späteren Verfügungen des Besitzers über die Sache können weitere Delikte gegen das Eigentum nicht mehr erblickt werden.

---

[8]) § 286 Abs. 1 BGB. [9]) Planck, § 990. 4 a. S. 260. Biermann, § 990. 2 S. 195.

[1]) Endemann, S. 361. [2]) Mot. S. 410.

Wer sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht verschafft hat, das heißt, wer dem Besitzer ohne dessen Willen (und ohne daß das Gesetz die Entziehung gestattet) den Besitz entzogen hat,[3]) haftet gemäß § 992 nur dann, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.[4]) Er muß also gewußt oder fahrlässigerweise nicht gewußt haben, daß er eine verbotene Eigenmacht begehe. Er muß nämlich den Schaden ersetzen nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen, und diese letztere Haftung tritt stets nur ein bei Verschulden des Ersatzpflichtigen. Die Grundsätze der §§ 829 und 833, welche Cosack zum Zweifel bringen, sind nur Ausnahmen, welche im Interesse der Billigkeit die allgemeine Regel durchbrechen. — Warum die verbotene Eigenmacht stets zugleich in subjektiver und objektiver Beziehung den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinn der §§ 823 ff. darstellen muß, um die Haftung nach den Vorschriften über letztere nach sich zu ziehen, ist nicht ersichtlich.[5]) Wohl wird tatsächlich die verbotene Eigenmacht in den meisten Fällen zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff darstellen, doch daß dieses unbedingt nötig sei, kann man aus § 992 nicht folgern. Ebenfalls aus den Vorschriften der §§ 823 ff. ergibt sich, daß die verbotene Eigenmacht gerade dem Eigentümer gegenüber vorgenommen sein muß, da nur in diesem Fall jene Haftung begründet ist.[6])

Ebenso haftet der Besitzer, welcher sich den Besitz durch eine strafbare Handlung verschafft hat, das heißt durch eine mit öffentlicher Strafe bedrohte Handlung oder Unterlassung irgend welcher Art. Die Richtung unmittelbar gegen den Eigentümer muß auch hier gegeben sein; diese liegt übrigens auch im Falle des § 259 StGB vor, bei der Hehlerei.[7]).

Nach den Vorschriften der §§ 823 ff. hat der Besitzer für allen Schaden einzustehen, welcher dem Eigentümer durch die verbotene Eigenmacht oder die strafbare Handlung erwuchs. Er kann also ersatzpflichtig werden, wenn die Sache selbst vielleicht gar nicht beschädigt wurde, zum Beispiel ist er verpflichtet dem Eigentümer für nicht unangemessene Aufwendungen einzustehen, die dieser für die Ermittelung des Diebes usw. gemacht hat, so für eine auf die Entdeckung des Täters ausgesetzte Belohnung.[8]) Auch für den zufälligen Untergang der Sache oder eine aus einem andern Grunde eintretende zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe ist er verantwortlich, er hat den sog. casus mixtus zu vertreten, es sei denn, er könnte nachweisen, daß der Untergang, die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde.[9])

---

[3]) BGB § 858. [4]) Biermann, § 992 S. 196 f, Planck, § 992. 2. a. S. 262 Ebenso Bendix in: Das Recht, Bd. 4 S. 47. Zweifelnd Cosack S. 166. Vgl. Prot. 3. S. 318. [5]) Fischer-Henle zu § 992 verlangt dies (auch noch in 6. Aufl.) [6]) Planck, § 992. 2 a. S. 262. [7]) Biermann, § 992 S. 196. [8]) Dernburg S. 355. [9]) BGB § 848. Über die Verzinsung des zu ersetzenden Betrags vgl. § 849.

c. Der Anspruch auf die Nutzungen.

§ 1.

Allgemeines.

a. Neben dem dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Sache und dem obligatorischen Schadensersatzanspruch steht dem Eigentümer noch ein obligatorischer Anspruch zu auf Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen, das heißt der Früchte der Sache und der Vorteile, welche ihr Gebrauch gewährt.[1]) Die Sache soll herausgegeben werden cum omni causa, nicht schlechthin.[2]) Das BGB ordnet diesen Nebenanspruch des Eigentümers, im wesentlichen dem römischen Recht folgend, in §§ 987 ff.

b. Es fragt sich, ob die Klage auf Herausgabe der Nutzungen nur mit der Klage auf Herausgabe der Sache verbunden oder auch für sich allein erhoben werden kann. Nach dem früheren gemeinen Recht war letzteres unmöglich, jetzt aber ist es wohl angängig, denn das BGB sagt nichts davon, daß der Anspruch auf die Nutzungen nur mit dem Hauptanspruch verbunden geltend gemacht werden könnte.[3]) Allerdings wird der Anspruch auf die Nutzungen regelmäßig in derselben Klage mit dem Eigentumsanspruch als Nebenforderung vorgebracht werden. Die Abweisung des Eigentumsanspruchs muß stets auch zur Abweisung des hier fraglichen Anspruchs führen.

c Über die Verteilung der Nutzungen bestimmt § 993 Abs. 2 allgemein, daß für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, auf ihn die Vorschriften des § 101 Anwendung finden. Die natürlichen Früchte gebühren also dem zur Zeit der Trennung zur Fruchtziehung Berechtigten, gleichgiltig ob die Trennung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu dieser oder zu einer früheren oder späteren Zeit erfolgen mußte.[4]) Andere als natürliche Früchte gebühren dem, während dessen Fruchtziehungsberechtigung sie fällig werden.

Bezüglich des Abzugs der Gewinnungskosten vgl. § 102 BGB.

§ 2.

Der redliche Besitzer.

a. Vor der Rechtshängigkeit. Nach gemeinem Recht mußte der gutgläubige Besitzer alle noch vorhandenen Früchte, die fructus exstantes, herausgeben.[1]) Das hat das BGB gänzlich geändert: nach § 987 Abs. 1 hat der Besitzer in der Regel bloß die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht.

Die vorher gezogenen Früchte und sonstigen Gebrauchsvorteile der Sache darf er also behalten. Aber der weite Fruchtbegriff des BGB (wonach Früchte alle sog. Erzeugnisse der Sache sind, zum Beispiel auch der gesamte Holzbestand des Waldes, den ein Windbruch geknickt hat)

---

[1]) BGB § 100. [2]) Puchta, Institutionen, Bd. 2 S. 169. [3]) Lehmann, S. 113. Ebenso zu § 987 Biermann und Kober; Planck, § 987. 4. S. 257. [4]) Planck, § 101 2. S. 140 (Bd. I).

[1]) Salkowski S. 263.

macht eine Einschränkung dieses Satzes nötig. Nach § 993 Abs. 1 hat deshalb der redliche Besitzer, der den Besitz entgeltlich erlangt hat, die vor der Rechtshängigkeit gezogenen Früchte insoweit herauszugeben, als sie sich als sogenannte Raubfrüchte darstellen, und zwar nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Unter Raubfrüchten sind solche zu verstehen, welche als Erzeugnisse der Sache zwar im juristischen Sinne als Früchte erscheinen, nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft aber nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind.[2])

Ein zweiter Fall der ausnahmsweisen Haftung des redlichen Besitzers vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit liegt vor in § 988. Hat danach ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt, den Besitz unentgeltlich erlangt, so ist er dem Eigentümer nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zur Herausgabe der vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen verpflichtet. Diese Ausnahme von der Regel des § 987 wurde von der zweiten Kommission bestimmt[3]), in der auch dem § 816 Abs. 1 S. 2 zugrunde liegenden Erwägung, es sei nicht erforderlich, einen lukrativen Erwerb auf Kosten des wahren Berechtigten zu schützen. Der Beschenkte tritt überall zurück vor dem, der infolge zufälliger Umstände einen Rechtsverlust erleiden würde.

Hier kann der unentgeltliche Erwerber leicht in Beweisschwierigkeiten kommen, denn nach § 816 ist ihm nur zu beweisen, was er erlangt hat, daß er hierdurch zur Zeit der Rechtshängigkeit nicht mehr bereichert war, hat er nachzuweisen.[4]) — Unter dem Besitzer, den § 988 betrifft, ist der in § 955 vermeinte Besitzer zu verstehen, jedoch mit der Erweiterung, daß in § 988 nicht nur die in § 955 genannten Erzeugnisse und sonstigen zu den Früchten gehörigen Bestandteile, sondern die Nutzungen überhaupt als einbezogen gelten. Trotzdem also nach § 955 der Eigenbesitzer mit der Trennung daran das Eigentum erwarb[5]), muß er sie herausgeben, soweit er sie oder ihren Wert noch besitzt.

Unentgeltlich kann der Besitz erlangt sein zum Beispiel durch Schenkung, Erbgang, Vermächtnis, Aneignung, auch vom Eigentümer unmittelbar auf Grund einer schenkweisen, nichtigen Auflassung oder auf Grund der schenkweise erfolgten nichtigen Bestellung eines Nießbrauchs.

Dieser Besitzer im Sinne des § 988 hat auch den noch vorhandenen Ertrag herauszugeben, welchen die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses abwarf, ebenso den Wert der Vorteile, welchen der Gebrauch der Sache gewährte, bis zur Höhe der noch vorhandenen Bereicherung; wer zum Beispiel ein Wohnhaus herausgeben muß, haftet also nicht bloß wegen des gezogenen Mietzinses, soweit er dadurch noch bereichert ist, sondern auch wegen desjenigen Betrags, den er durch eigenes Bewohnen des Hauses erspart hat.[6]) Über die erweiterte Haftung bei Erlangung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht usw. siehe unten § 4.

---

[2]) Auf eben dieser Erwägung, welche die Reichstagskommission zur Aufnahme der hier fraglichen Ausnahmevorschrift veranlaßte, beruhen die §§ 581, 1039, 2133. [3]) Prot. S. 3983 ff. [4]) Biermann, § 988 S. 193. Dernburg, S. 354. [5]) Prot. III. 350. Kober, § 988 1. S. 250. [6]) Biermann, § 988 S. 193. Anders für das bisherige gemeine Recht RG in Seufferts Archiv Bd. 37, Nr. 295.

b. Nach der Rechtshängigkeit. Der Besitzer muß dem Eigentümer nach § 987 alle nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen herausgeben. Zieht er nach diesem Zeitpunkt Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte, so ist er zum Ersatze verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt.

Natürliche Früchte sind nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit gezogen insoweit, als sie nach diesem Zeitpunkt getrennt wurden, bürgerliche Früchte, die in der Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses oder in regelmäßig wiederkehrenden Erträgen bestehen, insoweit, als sie auf die Zeit nach der Rechtshängigkeit entfallen.[7]) Die Größe der Nutzungen ist weder nach den Verhältnissen des Klägers noch des Beklagten, sondern nach einem objektiven Maßstab, nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu bestimmen. Das Gesetz sieht von der Aufstellung einer Vermutung ab, wie sie zum Beispiel das sächsische Gesetzbuch kannte (daß nämlich ein mittlerer Durchschnittsertrag an Früchten, nicht mehr oder weniger erzielt worden oder bei sorgsamer Fruchtziehung zu erzielen gewesen sei) und läßt der freien Beweiswürdigung des Richters Spielraum.

Auch hier wird der Besitzer Eigentümer der Früchte, trotzdem muß er sie herausgeben. Aber diese Verpflichtung ist nur obligatorischer Natur, deshalb braucht ein Dritter, an welchen der Besitzer die Früchte veräußert, dieselben nicht herauszugeben, er wird Eigentümer, auch wenn er die Lage des Veräußerers kennt.[8])

c. Mittelbarer — unmittelbarer Besitz. § 987 spricht vom Besitzer schlechthin, die hier bestimmte Haftung tritt also für jeden Besitzer, mittelbaren wie unmittelbaren, ein, dem gegenüber die Rechtshängigkeit begründet ist. Ist diese Voraussetzung ihm gegenüber gegeben, so haftet der unmittelbare Besitzer nach § 987, auch wenn gegen seinen mittelbaren Besitzer weder Klage erhoben ist (noch dieser sich in bösem Glauben befindet, vgl. unten).[9]) Der Schutz, den in einem analogen Fall § 991 Abs. 1 dem gutgläubigen mittelbaren Besitzer gewährt gegen Ersatzansprüche, die sein unmittelbarer Besitzer wegen Entziehung der Nutzungen gegen ihn erheben könnte, findet also hier nicht statt.[10])

Schon vor der Rechtshängigkeit haftet auch der redliche Unterbesitzer nach § 993 für die Raubfrüchte.

§ 3.

Der unredliche Besitzer.

a. War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbes an nach § 987. Erfährt er später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so haftet

---

[7]) Planck, § 987. 3. S. 256. [8]) Kober, § 987, 1 c S. 249. Dernburg S. 353. [9]) Hierin liegt eine Abweichung von der Vorschrift des § 991 Abs. 1 und Entwurf I. § 933, der auch den dem jetzigen § 991 entsprechenden § 932 Abs. 2 auf die Haftung des Inhabers (Unterbesitzers) für anwendbar erklärte. Mot. 3 S. 408. [10]) Planck, § 987. 2. c S. 256.

er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an.[1]) Die strengere gemeinrechtliche Haftung des unredlichen Besitzers für zufälligen Untergang, falls dieser die Früchte nicht nachweislich auch bei dem Eigentümer getroffen hätte[2]), kennt das BGB nicht mehr.

Der Eigentümer kann stets von dem unredlichen Besitzer Rechenschaftsablegung gemäß § 259 verlangen.[3]) Biermann[4]) sagt, das sei nur dann der Fall, wenn der unredliche Besitzer wisse, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist. Er weicht damit nach seiner Ansicht von Dernburg ab, aber, wie wir oben (Abschn. IV b. § 2) gesehen haben, besteht eben in diesem Wissen die Unredlichkeit des Besitzers, also stimmen wir mit Biermann überein.

Von mehreren aufeinander folgenden unredlichen Besitzern haftet jeder wegen der Nutzungen seiner Besitzzeit, keiner ist für seine Vorgänger verantwortlich, die Beweislast trägt auch hier der Eigentümer.

b. Ist der unredliche Besitzer vermittelnder Besitzer, so findet nach § 991 Abs. 1 in Ansehung der Nutzungen nur dann § 990 Anwendung, wenn auch der mittelbare Besitzer unredlich ist oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist. Diese Vorschrift soll den redlichen mittelbaren Besitzer gegen Regreßansprüche schützen, die der unmittelbare Besitzer gegen ihn erheben könnte, wenn er die Nutzungen in vollem Umfang herauszugeben hätte.[5]) Zudem sind, wenn der mittelbare Besitzer sich als Eigenbesitzer betrachtet, durch seinen guten Glauben die Nutzungen der Sache sowieso dem Eigentümer entfremdet, der schlechte Glaube des Unterbesitzers ist für ihn also belanglos.[6])

Der unmittelbare Besitzer erwirbt hier trotz seiner Unredlichkeit nach § 956. 2. das Eigentum an den Früchten, solange beim mittelbaren Besitzer die schärfere Haftung nicht eingetreten ist.

c. Nach § 991 Abs. 2 haftet der unredliche Besitzer auch für die Nutzungen schärfer, wenn er in Verzug kommt, stets also von der Klageerhebung an. § 991 Abs. 1 gilt auch hier: Darnach tritt die weitergehende Haftung des unredlichen vermittelnden Besitzers wegen Verzug nur dann ein, wenn auch der mittelbare Besitzer nicht bloß unredlich oder verklagt, sondern auch seinerseits in Verzug gesetzt ist.[7])

§ 4.

Die erweiterte Haftung infolge verbotener Eigenmacht usw.

§ 818 BGB ist hier analog anzuwenden, denn es ist, wie Biermann[1]) sicher mit Recht bemerkt, nicht anzunehmen, daß die Haftung aus unerlaubter Handlung geringer sein soll als diejenige aus ungerechtfertigter Bereicherung. Darnach erstreckt sich die Verpflichtung zur Herausgabe auf alle gezogenen Nutzungen, also hat der Besitzer auch diejenigen Nutzungen herauszugeben oder zu ersetzen, die er selber gezogen hat, während sie der Eigentümer nicht gezogen hätte.

[1]) § 990 BGB. Die früher streitige Frage (vgl. Mot. S. 403 f.), ob der unredliche Besitzer auch für denjenigen Gewinn haftet, welchen er vor dem Prozeßbeginn schuldhaft zu machen versäumt hat, ist damit gelöst. [2]) Planck, § 987. 3. S. 256. [3]) Dernburg, Bd. II. S. 89. [4]) Biermann, § 990. 1. S. 295. [5]) Biermann, § 991. 1 S. 196. [6]) Cosack S. 165. [7]) Planck, § 991. 1. S. 261. Biermann, § 991. 1. S. 196.

[1]) Biermann, § 992. S. 196 f. Ebenso Kipp, bei Windscheid § 194. S. 881

V. Abschnitt. Einwendungen des Besitzers.

§ 1.

Die Urheberbenennung.

Schon im gemeinen Recht hatte der beklagte detentor das Recht der nominatio oder laudatio auctoris. Noch jetzt kann nach § 76 CPO, wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er auf Grund eines Rechtsverhältnisses der in § 868 BGB bezeichneten Art zu besitzen behauptet, sich dadurch aus dem Prozeß ziehen, daß er dem mittelbaren Besitzer als dem eigentlichen Prozeßinteressenten den Streit verkündet. Diese Streitverkündung muß vor der Verhandlung zur Hauptsache geschehen und erfolgt nach Maßgabe des § 73 CPO durch Zustellung eines Schriftsatzes an den mittelbaren Besitzer, worin dieser gemäß §§ 214, 501 CPO zur mündlichen Verhandlung mit der Aufforderung geladen wird, sich in dem Termin darüber zu erklären, ob er die Behauptung des Beklagten, im Namen des Dritten zu besitzen, anerkenne. Im Anwaltsprozeß muß zugleich zur Anwaltsbestellung nach § 215 CPO aufgefordert werden. Gleichzeitig mit der Streitverkündung muß dem Kläger der mittelbare Besitzer benannt werden und zwar, da dies vor der mündlichen Verhandlung zu geschehen hat, in einem dem Kläger mit der Abschrift der Streitverkündung (§ 73 Abs. 2 CPO) und der Ladung zuzustellenden Schriftsatz.[1])

Erfolgt die Streitverkündung erst später, so kann sie stets noch zu einer Nebenintervention führen, zu den besonderen Wirkungen der Urheberbenennung aber nur beim Einverständnis aller Beteiligten.

Die erste Wirkung ordnungsmäßiger Urheberbenennung ist, daß der „Unterbesitzer" bis zu der Erklärung des „Oberbesitzers" oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem dieser sich zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern darf. Prozessual nimmt die Streitverkündung hier also gewissermaßen die Eigenschaft der prozeßhindernden Einrede an, obwohl sie in § 274 CPO nicht aufgeführt ist.[2])

Erkennt der Benannte die Behauptung des Unterbesitzers als richtig an, so ist er berechtigt, durch mündliche Erklärung im Verhandlungstermin den Rechtsstreit mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle zu übernehmen. (§ 76 Abs. 3.) Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte auf Grund eines Rechtsverhältnisses der in § 73 Abs. 1 bezeichneten Art besitzt. Dahin gehören die obligatorischen Ansprüche auf Ersatz von Früchten oder auf Entschädigung wegen eigener Handlungen des Beklagten. Stimmt der Kläger auch bezüglich dieser Ansprüche dem Eintritt des Benannten in den Prozeß zu, so ist anzunehmen, daß er den letzteren auch in dieser Beziehung als Prozeßgegner bezw. Schuldner annehmen will; dann ist das Urteil hinsichtlich aller Ansprüche ausschließlich auf die Person des Benannten zu stellen. Gibt dagegen der Kläger wegen der persönlichen Ansprüche gegen den Beklagten seine Zustimmung zum Ein-

---

[1]) Gaupp-Stein zu § 76 CPO III. c. S. 211. [2]) Struckmann zu § 76 CPO 3. S. 96. Dernburg S. 347. 3. Vgl. Gaupp-Stein zu § 76 CPO III c. S. 211.

tritt des Benannten nicht, so bleibt der letztere bezüglich dieser Ansprüche im Prozeß, wenn er auch bezüglich des Eigentumsanspruchs selbst ausscheidet.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist nach § 76 Abs. 4 der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Doch ist die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst — nicht im Kostenpunkt — auch gegen den zuerst Beklagten wirksam und vollstreckbar. Er hört also wohl auf, Prozeßpartei zu sein, bleibt aber Prozeßinteressent.

Mit der Prozeßübernahme gehen die Wirkungen der Rechtshängigkeit auf den Benannten über. Bestreitet aber der Benannte seine Urheberschaft oder erkennt er sie nicht rechtzeitig an, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klageantrag zu genügen, das heißt hier die Sache herauszugeben u. s. w. Damit wird ein Urteil nach § 307 CPO überflüssig. Der Beklagte kann aber auch den Prozeß fortführen, auf jeden Fall sind ihm nun die Vorteile der Streitverkündung aus § 74 CPO gesichert. Zur Haupt- und Nebenintervention aber ist der Beklagte immer noch befugt.[3])

Das gegenüber dem Beklagten gefällte Urteil macht keine Rechtskraft gegen den Benannten, der sich des Prozesses enthielt. Es läßt sich aus § 76 CPO nicht entnehmen, daß der Benannte nicht mehr befugt sei, seine Sache in einem besonderen Eigentumsprozeß herauszufordern.[4])

Ob der Unterbesitzer verpflichtet ist, dem Oberbesitzer den Streit zu verkünden, das richtet sich nach dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnis.[5]) Für den Mieter zum Beispiel ergibt sich eine solche Verpflichtung aus § 545 BGB.

§ 2.

Die Einrede des besseren Rechts zum Besitz.

a. Das Eigentum ist zwar seiner Idee nach die vollständige und ausschließliche Herrschaft über die Sache, tatsächlich und rechtlich wird es aber beschränkt durch Rechte Dritter, welche neben ihm an der Sache bestehen können. Um diese Konkurrenten zu schützen, bestimmt § 986 Abs. 1 S. 1: Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.[1])

b. Die Berechtigung zum Besitz kann vor allem auf einem begrenzten dinglichen Recht beruhen, wie zum Beispiel auf einem Nießbrauch, Wohnungsrecht, Erbbaurecht oder Pfandrecht; ebenso kann aber auch ein obligatorisches Recht die Grundlage bilden, hervorgehend aus Kauf, Miete oder Pacht zum Beispiel. Dieselbe Wirkung hat ein Zurückbehaltungsrecht des Besitzers, welches Recht ihm nicht nur wegen Verwendungen[2]) zusteht, sondern z. B. auch wegen nicht erfüllten Vertrags.[4]) Auch auf Familien- und erbrechtliche Verhältnisse kann das Recht zum Besitze gegründet sein, wie das des Mannes an den eingebrachten Sachen der Frau (§ 1373) oder das des Testamentsvollstreckers (§ 2205).

---

[3]) RG 32. 31. [4]) Dernburg a a O. [5]) Kober zu § 986 BGB 3. S. 248.
[1]) Vgl. Mot S. 421. [2]) § 273 BGB. [3]) § 1000 BGB. [4]) Vgl. OLG Kiel in Seufferts Archiv Bd. 57. Nr. 102.

c. Der Besitzer muß gerade „dem Eigentümer gegenüber" zum Besitze berechtigt sein. Hat er ein dingliches Recht zum Besitz, so wird, dem Wesen der dinglichen Rechte entsprechend, die Voraussetzung meist erfüllt sein. Anders verhält es sich aber mit dem auf obligatorischem Recht beruhenden Besitz: seine Wirksamkeit gegenüber dem, der den Eigentumsanspruch erhebt, muß stets besonders geprüft werden. Zum Beispiel wirkt die sog. exceptio rei venditae et traditae, die Einrede des Käufers, dem das gekaufte Grundstück übergeben, aber noch nicht aufgelassen worden ist, nur gegen denjenigen, von dem der Besitzer den Besitz erlangt hat und gegen seinen Universalnachfolger. Seinem Sondernachfolger steht sie nur dann entgegen, wenn dieser auch die entsprechende Verpflichtung übernommen hat. Hat demnach der Eigentümer A dem B ein Grundstück verkauft und übergeben, aber nicht aufgelassen, und hat er es darnach mit Erfüllung aller Formalitäten dem C übereignet, so kann B dem C, welcher die Eigentumsklage erhebt, diese exceptio nicht entgegensetzen. Die Härte dieser Bestimmung mildert jedoch der in § 826 enthaltene Grundsatz; darnach wird B durch die exceptio geschützt sein, wenn C durch die Erhebung der Klage geradezu arglistig, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise handelt. Hier besteht also noch die altrömische exceptio doli.[5]) Endemann[6]) hält die exceptio rei venditae et traditae für nur im römischen Recht bedeutsam und meint, nun sei sie tot, denn die Geltendmachung des formalen Rechts gegen Treu und Glauben begegne heute der zerstörenden dauernden Verneinung des Eigentumsrechts. Aber letzteres ist nicht in allen Fällen richtig, wie wir gesehen haben, vielmehr ist es wohl möglich, daß in unserm Beispiel C gar nicht arglistig handelt, daß also § 826 gar nicht gegen ihn anzuwenden ist, sondern höchstens gegen A, welches aber für unsern Fall außer Betracht bleibt.

Diese Normen greifen nur Platz bei unbeweglichen Sachen, bei beweglichen Sachen fällt die exceptio rei venditae et traditae zusammen mit der exceptio dominii.

Eine Unklarheit besteht über die Frage, ob die exceptio rei venditae et traditae auch dem Konkursverwalter gegenüber mit Erfolg vorgebracht werden kann. Die herrschende Meinung verneint diese Frage, gegen die Ansicht Dernburgs[8]), welcher sagt: Der Konkursverwalter erhebe die Eigentumsklage des Eigentümers. Die Motive[9]) führen aus, die Betätigung der Auflassung, das ist die Erfüllung eines obligatorischen Rechts sei keine Masseschuld im Sinn des § 59 KO. Man wird in Beachtung des § 17 KO die Frage verschieden beantworten müssen, je nachdem, ob der Kaufvertrag noch auf keiner Seite vollständig erfüllt ist oder nicht. Wählt in jenem Falle der Konkursverwalter die Nichterfüllung, wozu er berechtigt ist, so ist der Käufer auf eine Schadensersatzforderung als Konkursgläubiger hingewiesen gemäß § 26 KO. Verlangt der Konkursverwalter Erfüllung des Kaufvertrags, so muß er auch seinerseits erfüllen. Die Verkäuferpflicht wird so Masseschuld im Sinne des § 59. 2 KO. Wenn aber der Käufer schon vor dem Konkurs vollständig erfüllt hat, § 17 KO also unanwendbar

---

[3]) § 1000 BGB. [4]) Vgl. OLG Kiel in Seufferts Archiv Bd. 57. Nr. 102. [5]) Salkowski S. 262. [6]) Endemann S. 364 Anm. 1. [7]) Oberneck S. 347, Kober § 985 1 e, Cosack S. 266 f., Lehmann S. 202. [8]) Dernburg, Sachenrecht S. 267. [9]) Mot. S. 422.

ist, hat der Käufer eine bloße Konkursforderung gemäß §§ 26, 69 KO, sein Anspruch „berechtigt" also gegenüber der Konkursmasse nicht „zum Besitze."[10])

Im übrigen ist die Zulässigkeit der Einrede aus einem persönlichen Recht im Konkurs des Eigentümers davon abhängig, daß dieses der Konkursmasse gegenüber wirksam ist, was zum Beispiel bei Miete und Pacht nach § 21 KO der Fall ist.

d. Ist der Besitzer ein Unterbesitzer, so genügt es nach § 986 Abs. 1 S. 2, wenn sein Obersitzer zum Besitze berechtigt ist.

Über den Fall, daß der mittelbare Besitzer nicht berechtigt war, den Besitz einem andern zu überlassen, vgl. oben III. Abschn.

Ob der unmittelbare Besitzer seinerseits dem mittelbaren Besitzer gegenüber zum Besitz berechtigt oder, wie zum Beispiel derjenige, welcher die Sache vom Nießbraucher zur Verwahrung erhalten hat, nur verpflichtet ist, ist gleichgiltig.[11])

e) Über das Wesen dieser „Einrede"[12]) besteht nicht volle Einigkeit. Im allgemeinen rechnet man sie unter die sogenannten aufschiebenden Einreden.[13]) Friedenthal[14]) erklärt dies für unrichtig. Nach ihm ist Einrede im Sinn des BGB eine Art subjektiver Berechtigung, welche darin besteht, eine geschuldete Leistung auf Grund eines bestimmten Umstands gleichwohl verweigern zu dürfen. Man dürfe bei Feststellung der als Einreden anzusehenden Fälle nicht bloß den Wortlaut der §§ betrachten, sondern müsse untersuchen, ob sachlich diesen Erfordernissen genügt ist. Friedenthal kommt, diese Methode anwendend, zu der Ansicht, in § 986 sei keine aufschiebende Einrede zu finden, denn es treffe hier das hauptsächlichste Charakteristikum nicht zu: nämlich hier bestehe kein Recht des Eigentümers auf den Besitz und somit auf die Herausgabe, die betreffende Leistung werde gar nicht rechtsgiltig geschuldet, es habe deshalb keinen Sinn, dem andern Teil ein Recht zu ihrer Verweigerung beizulegen. Friedenthal beruft sich auf die Fassung des § 942 im Entwurf I[15]) und sagt, es sei unmöglich, daß der eine ein Recht zum Besitz und auf die Herausgabe, der andere aber gleichfalls ein selbständiges Recht auf diesen Besitz habe. Die Betonung dieser „Selbständigkeit" des Besitzes scheint anzuzeigen, daß Friedenthal seiner Theorie nicht ganz sicher ist, und in der Tat wird sie sich kaum halten lassen. Es ist nicht einzusehen, warum man neben und gegenüber einem Recht des Besitzers auf den Besitz ein Recht des Eigentümers auf den Besitz leugnen soll. § 985 stellt als allgemeinen Grundsatz auf: „der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen," das heißt, er hat ein Recht auf den Besitz. Und dieses Recht hat er stets, ob der Besitzer seinerseits ein solches hat oder nicht; das Recht des letzteren kann nur eventuell das bessere sein, wie denn auch der Ausdruck „Einrede aus dem bessern Recht zum Besitz"[16]) gebräuchlich ist. Der Besitzer mit

---

[10]) Vgl. Jaeger, KO, Anm. 14 zu § 17 S. 143. [11]) Planck § 986 1 b. α. S. 254 [12]) Vgl. Hölder in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. XXIX S. 34. [13]) So auch zum Beispiel Planck § 986. 1. S. 253 und Bd I S. 49. [14]) Friedenthal, Einwendung und Einrede in der CPO und dem BGB. S. 41 f. [15]) „Der Anspruch auf Herausgabe der Sache ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer berechtigt ist, die Sache zu behalten." [16]) Cosack S. 166.

dem besseren Recht zum Besitz hat die Berechtigung, während der Dauer seines besseren Rechtes die Befriedigung des ununterbrochen bestehenden Rechtes des Eigentümers zu verweigern, er hat eine aufschiebende Einrede.[17])

§ 3.

Die Einreden aus persönlichen Rechten gegen den Eigentumsvorgänger. (Einreden ex persona cedentis).

§ 986 Abs. 2 will dem Besitzer einen besonderen Schutz geben gegen die leichte Form der Eigentumsübertragung nach § 931. Diese Vorschrift gilt also nur von beweglichen Sachen.[1])

Gründet sich der Anspruch des Besitzers auf ein dingliches Recht (vgl. § 936 Abs. 3), so ist der Besitzer in diesem Fall schon durch § 986 Abs. 1 geschützt, von Bedeutung ist § 986 Abs. 2 also nur für die Einrede aus einem dem Besitzer dem Veräußerer gegenüber zustehenden persönlichen Recht, also nur in Fällen des mittelbaren Besitzes gemäß § 868.

Durch die Vorschrift des § 986 Abs. 2 werden diese obligatorischen Rechte den dinglichen Rechten genähert, sie werden zwar nicht in dingliche verwandelt, wohl aber mit einer diesen ebenbürtigen Wirkung für die Dauer des Besitzes ausgestattet.[2])

Auch hier finden die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung, speziell die Vorschriften über Abtretung einer Forderung. Darnach kann der Besitzer dem neuen Eigentümer die Einrede nicht nur dann entgegensetzen, wenn sie zur Zeit der Abtretung begründet war (§ 404), sondern auch dann, wenn sie erst durch ein nachher zwischen ihm und dem Veräußerer vorgenommenes Rechtsgeschäft, z. B. eine Verlängerung des Mietvertrages, begründet wird, es sei denn, daß der Besitzer die Abtretung bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.[3])

Als ein auf obligatorischem Recht beruhendes Verteidigungsmittel zeigt sich diese Einrede besonders dadurch, daß sie bloß gegen den Rechtsnachfolger dessen, der die Sache veräußert hat, gegeben ist, dritten gegenüber aber versagt.[4]) Deshalb kann auch der Besitzer dem neuen Eigentümer, der das Eigentum vom Nichteigentümer erworben hat, nur ein vom Veräußerer, nicht ein vom früheren Eigentümer eingeräumtes Besitzrecht, z. B. Miet- oder Pachtrecht, entgegensetzen.

Ebenso wie der unmittelbare vermittelnde Besitzer kann auch der mittelbare Besitzer, der selbst wieder einem andern den Besitz vermittelt, den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache mit der Berufung auf § 986 Abs. 2 abwehren.

---

[17]) Ebenso Küntzel in der Kritik von Fischer Heules BGB bei Gruchot Bd. XLI S. 423; Hellmann, Vorträge über das BGB S. 205, Kuhlenbeck, das BGB fürs deutsche Reich Bd. I S. 136.

[1]) Für Grundstücke vgl. § 571 ff. BGB. [2]) Endemann, S. 365. Vgl Crome in Jahrb. für Dogmatik Bd. 37 S. 56 ff. [3]) § 4 7 Abs. 1 BGB [4]) Gierke S. 43.

§ 4.

Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen.

Nach § 1000 kann der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Diese Einrede, welche einen gegen den Eigentümer gerichteten Anspruch auf eine positive Leistung enthält, können wir an dieser Stelle nur erwähnen, um sie an dem ihr gebührenden Platz im System wenigstens zu nennen. Die Einzelheiten darüber siehe VI. Abschn. B. § 2.

VI. Abschnitt. Gegenansprüche des Besitzers.

A. Die Ansprüche.

§ 1.

Allgemeines.

a. Der Besitzer kann nach § 994 ff. BGB für die auf die Sache gemachten Verwendungen Ersatz verlangen, in verschiedenem Umfang je nach der Art seines Besitzes und der Verwendungen; zwischen ihm und dem Eigentümer besteht kraft Gesetzes ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis.

Den Begriff der Verwendungen definiert das BGB nirgends. Unter Verwendungen auf die Sache verstehen die Motive[1]) „solche Geschäfte, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zugute kommt." Bei Geschäften ist hier selbstverständlich nicht nur an Rechtsgeschäfte zu denken[2]), aber auch mit dieser Erweiterung ist die Definition der Motive noch zu eng. Einmal gehören zu den Verwendungen nicht bloß Geschäfte, sondern vor allem auch Arbeiten, zum andern aber ist es für den Begriff der Verwendungen nicht wesentlich, daß sie dem Eigentümer zugute kommen. Wird z. B. für ein erkranktes Tier telegraphisch ein Tierarzt herbeigerufen, wird eine Medizin verschrieben, so sind die hierfür gemachten Aufwendungen Verwendungen, auch wenn das Tier fällt, ehe der Arzt kommt, oder wenn es infolge der eingenommenen Medizin verendet. Dernburg definiert also die Verwendungen mit Recht als „die für die Sache aufgewendeten vermögenswerten Leistungen."[3])

Bezüglich der rechtlichen Behandlung der Verwendungen gehen das römische und das französische Recht auseinander, und diese Verschiedenheit zeigte sich auch in den einzelnen Phasen der Entstehungsgeschichte der einschlägigen §§ des BGB.

Das gemeine und römische Recht hatten zwar das Prinzip[4]), daß aus der Verwendung keinerlei Erstattungsanspruch des verwendenden Besitzers gegen den Eigentümer entstünde, doch hatte der letztere wegen seiner Verwendungen gegen den Eigentümer eine exceptio doli und ein Retentionsrecht. Dabei wurden der redliche Besitzer, der unredliche Besitzer und der

[1]) Mot. S. 411. [2]) Endemann S. 365. [3]) Dernburg S. 358 II. Ebenso Biermann § 994. 1. [4]) Mot. a. a. O.

deliktmäßige Besitzer verschieden behandelt und neben dem allgemein zugestandenen ius tollendi das Recht auf Erstattung der impensae utiles und das Recht auf die Erstattung der impensae necessariae unterschieden in der Art, daß bloß nützliche Verwendungen dem redlichen Besitzer unter Abrechnung der gezogenen Nutzungen erstattet wurden.

Das französische Recht schied nicht zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer und betrachtete die Verwendungen lediglich aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. Jedoch blieb der Anspruch bestehen, wenn ein Zufall die Sache getroffen hatte[5]), der unredliche Besitzer aber mußte in diesem Fall beweisen, daß auch beim Eigentümer der Zufall die Sache getroffen hätte[6]), was bei beweglichen Sachen besonders in den meisten Fällen unmöglich war.

Diesen Grundsätzen des französischen Rechts folgte der Entwurf I (§ 936). Der II. Entwurf näherte sich wieder dem römischen Rechte, und diesem entsprechen denn auch die §§ 994 ff BGB.

b. In § 994 ff ist vom Besitzer schlechthin die Rede, also gelten diese Vorschriften vom unmittelbaren wie vom mittelbaren Besitzer in gleicher Weise. Vermittelt der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer selbst den mittelbaren Besitz, so kommen jedoch vor allem die Normen des zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisses in Betracht.[7]) Als Beauftragter des Eigentümers z. B. kann der Besitzer nicht nur nach Maßgabe der §§ 994 ff, sondern nach § 670 insoweit Ersatz verlangen, als er die Verwendungen zum Zweck der Ausführung des Auftrages gemacht hat und als er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

c. Nach § 49 Nr. 3 KO haben diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrags ihrer Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sache ein Absonderungsrecht.

§ 2.

Der redliche Besitzer.

a. Was die Verwendungen betrifft, die der redliche Besitzer vor der Rechtshängigkeit auf die Sache gemacht hat, so kann er von dem Eigentümer Ersatz verlangen nach § 994 Abs. 1 für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen, für andere Verwendungen nach § 996 nur dann, wenn der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt.

b. Über den Begriff der notwendigen Verwendungen besteht keine völlige Einigkeit; das BGB gibt keine Definition. Man wird die Erklärung aus dem römischen Recht nehmen dürfen, aus welchem ja die impensae necessariae stammen. Hier verstand man[1]) darunter diejenigen Verwendungen, die zur Erhaltung der Sache in dem ihrer ökonomischen Bestimmung entsprechenden Zustande nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erforderlich sind. Puchta[2]) versteht unter notwendigen Verwendungen „solche, ohne die der Gegenstand nicht oder nicht in seiner Integrität existieren würde."

[5]) Code Art. 862. [6]) Code Art. 555. [7]) Mot. S. 414. Planck, zu § 994 — 1003, 1. S. 263.

[1]) Salkowski S. 262. [2]) Puchta, Institutionen Bd. 2 S. 170.

Neuerdings wurde nachgewiesen, daß zu den notwendigen Verwendungen nicht bloß diejenigen gerechnet werden müssen, welche zur „Erhaltung der Sache" im engern Sinn unentbehrlich sind, sondern daß eventuell auch Neuanlagen dazu gehören, wenn sie durch die ordentliche Bewirtschaftung der Sache verlangt werden.[3]) Die Verwendungen brauchen auch nicht in körperlichen Einwirkungen auf die Sache zu bestehen. Hat z. B. der Besitzer einer Lebensversicherungspolice Prämien für dieselbe gezahlt, so kann er wegen dieser Zahlungen, wenn er von dem Eigentümer auf Herausgabe der Police verklagt wird, als wegen notwendiger Verwendungen Zahlung verlangen. Er hat ja dadurch dem Eigentümer die Versicherung und damit (§ 952 BGB) auch das Eigentum an der Police erhalten.[4]) Zu den notwendigen Verwendungen kann ganz ausnahmsweis auch der für die Sache gezahlte Preis gehören, wenn nämlich die Sache auf eine andre Art nicht zu erhalten war.[5])

Wenn der Nutzen dieser Verwendungen nachträglich wieder wegfällt, bleibt dies ohne Einfluß auf die Ersatzpflicht des Eigentümers. Es ist nicht von Belang, ob die nötigen Verwendungen dem Willen des Eigentümers entsprechen, noch daß sie ihn bereichern, sie brauchen auch nicht von ihm genehmigt zu werden.[6])

c. Wie schon erwähnt, darf der redliche Besitzer nach § 996 auch für andre als notwendige Verwendungen, also für bloß nützliche Verwendungen (impensae utiles) und Luxusaufwendungen (impensae voluntuariae), Ersatz verlangen, soweit sie vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit usw. gemacht wurden und soweit der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wieder erlangt. Fraglich ist, ob bei der Schätzung der Wertsteigerung die Verhältnisse des Eigentümers zu berücksichtigen sind oder nicht. Manche, so Biermann[7]) und Endemann[8]), verneinen diese Frage und erklären, der Mehrwert müsse nach einem objektiven Maßstab berechnet werden. Auf das Gesetz ist weder diese Annahme noch die gegenteilige zu stützen, Billigkeitsrücksichten müssen den Ausschlag geben. Da erkennen wir leicht, daß Endemanns Ansicht zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung des Reichtums gegenüber der Armut führt. Endemanns Beispiel von dem wunderbar dressierten Hund zeigt das klarer als er annimmt; wenn nämlich der arme Bauer die hohen Kosten überhaupt nicht bezahlen kann, behält der Reiche den Hund, bloß weil er reich und der andere arm ist. Und wenn er ja mit seinem ganzen Vermögen die auf den Hund gemachten nützlichen Verwendungen ersetzt, dann ist er jedenfalls auf dem Hund, denn wann wird er wieder einen ähnlichen Hundeliebhaber finden, der ihm einem annähernd gleich hohen Preis bezahlt? Wenn also doch ein Teil Verlust leiden muß, wird man ihn eher dem stärkeren Teil aufbürden müssen. Dieser Ansicht ist denn auch Oberneck[9]), auch Celsus[10]) sagt: bonus iudex varie ex personis causisque constituet, und demgemäß urteilte das Reichsgericht am 6. März 1888[11]): Der

---

[3]) Petrazycki, Einkommen S. 150, darnach Dernburg Pand. 5. Aufl. Bd. 1 § 227 Anm. 6; l. 7 § 16 D. sol. matr. 24 3 si novam villam necessario exstruxerit. Ebenso Dernburg Sachenrecht S. 359 III, Maenner S. 167. [4]) RG 22 218 Biermann § 994 1 S. 198. [5]) Fischer Henle § 994 Anm 2 S. 493. [6]) Cosack S. 168. [7]) Biermann § 996 1 S. 200. [8]) Endemann S. 367. [9]) Oberneck S. 349. [10]) Celsus l. 38 D. de. r. v. 6. 1. [11]) Seufferts Archiv 43 262.

Richter soll die Lage des Eigentümers in Betracht ziehen und erwägen, ob auch der Eigentümer diesen Aufwand gemacht oder nach seinen Verhältnissen davon abgesehen haben würde. Nicht die Interessen des Besitzers, auch nicht die bloße Steigerung des Ertrags- oder Verkaufswerts, sondern die Lage und die Verhältnisse des Eigentümers sind als maßgebend anzusehen.

Die Werterhöhung muß noch zu der Zeit vorhanden sein, zu welcher der Eigentümer die Sache wieder erlangt. Statt dieses Zeitpunkts ist, wenn der Eigentümer die Verwendungen vorher genehmigt, die Zeit der Genehmigung maßgebend.[12]) Der Besitzer kann nur den Mehrwert der Sache in diesem ausschlaggebenden Zeitpunkt verlangen, niemals aber mehr als das von ihm Aufgewendete.[13])

Über die Verteilung der Beweislast ist hier folgendes anzumerken: Der Besitzer muß die Vornahme und den Wert der Verwendung, sowie die Fortdauer der Werterhöhung beweisen. Demgegenüber muß dann der Eigentümer dartun, daß die Verwendungen erst nach dem kritischen Moment, dem Eintrit der Rechtshängigkeit, gemacht wurden. Die Fassung des § 996 scheint zwar dafür zu sprechen, daß der Besitzer die Vornahme der Verwendung vor der Rechtshängigkeit usw. darzutun habe, aber das würde den sonst allgemein geltenden Beweisgrundsätzen (vgl. § 955 Abs. 1 S. 2) widersprechen, von denen § 996 schwerlich abweichen will.[14])

d. Der Ersatzanspruch des Besitzers ist einer wichtigen Einschränkung unterworfen: nach § 994 Abs. 1 S. 2 sind ihm die gewöhnlichen Erhaltungskosten für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen. Dazu gehören z. B. die Grundsteuern, Deichlasten, Reallasten, Wasser- und Kanalisationsgebühren und Hypothekenzinsen. Man kann die gewöhnlichen Erhaltungskosten mit Biermann[15]) definieren als die periodisch wiederkehrenden laufenden Ausgaben, die nach einem Voranschlag in die Rechnung eingestellt werden können. Diese gewöhnlichen Erhaltungskosten werden gegen die Nutzungen summarisch aufgerechnet, mögen sie nun im Einzelfall den Wert derselben weit übersteigen, oder dahinter zurückbleiben. Es ist gar nicht notwendig, daß der Besitzer überhaupt Nutzungen gezogen hat. Auch darauf kommt es nicht an, ob der Eigentümer die Herausgabe der Nutzungen von dem Besitzer überhaupt zu fordern berechtigt ist. Darin jedoch wird Cosack[16]) zu weit gehen, daß er annimmt, der Eigentümer könne aus freien Stücken dem Besitzer die Nutzungen belassen und sich dadurch vom Ersatz der gewöhnlichen Erhaltungskosten befreien; das Gesetz bietet für diese Hypothese keinen Anhaltspunkt, sie wird sich nicht halten lassen.[17])

e. Zu den notwendigen Verwendungen gehören nach § 995 auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Aber für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, sind ihm nur die Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind. Die Lasten müssen also einmal außerordentliche sein, d. h. solche, die nicht allen Sachen derselben Kategorie, z. B. nicht allen Grundstücken desselben Bezirks, gemeinsam sind.[18]) Zum andern müssen die Lasten als auf den Stammwert der

[12]) Planck, § 996. 1 S. 266. [13]) Biermann § 996 1 S. 200. [14]) Ebenso Biermann a. a. O. und Planck § 996 3. S. 267. [15]) Biermann § 994 1 S. 198. [16]) Cosack S. 168. [17]) Vgl. Biermann § 994 1 S. 199. [18]) Biermann § 995 S. 199.

Sache gelegt anzusehen sein; darunter sind nach den Motiven[19]) solche Lasten zu verstehen, die nach der Intention der dieselben auferlegenden Anordnung nicht aus den Erträgen der Sache, sondern aus dem Stammwerte bestritten werden sollen, was sich unter Umständen aus der Höhe der Last ergeben kann.

Beispiele solcher Lasten sind die Rückzahlung von Hypothekenkapitalien, die Kriegskontributionen, die Abfindungen des Anerben an Geschwister, die einmalige behufs Errichtung einer Kanalisation den Grundbesitzern seitens der Stadt aufgelegte Abgabe.

f. Macht der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit usw. notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Darnach kann der Besitzer Ersatz verlangen nur für solche Verwendungen, die dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Eigentümers oder einer öffentlichen Pflicht desselben entsprechen oder von ihm genehmigt sind oder eine ungerechtfertigte Bereicherung enthalten.[20]) Für bloß nützliche Aufwendungen oder Luxusaufwendungen, die nach Eintritt der Rechtshängigkeit gemacht sind, kann der Besitzer gemäß § 996 gar keinen Ersatz verlangen. Vgl. unten § 3.

g. Nach § 256 BGB hat, wer zum Ersatze von Aufwendungen verpflichtet ist, den aufgewendeten Betrag oder, wenn andre Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten. — In unseren Fällen kann der Besitzer, da ihm regelmäßig die Nutzungen verbleiben, regelmäßig keine Verzinsung seiner Aufwendungen verlangen. Wo aber Nutzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herausgegeben werden müssen[21]), da wird sich der Besitzer als Minuenten seiner Bereicherung auch Zinsen anrechnen dürfen.[22]) In den Fällen, in welchen Ersatz nur insoweit verlangt werden kann, als der Wert der Sache durch die Verwendungen zu der Zeit noch erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt, z. B. in § 996, kann der Besitzer nicht die Verzinsung des ganzen von ihm aufgewendeten Betrages, sondern nur des Betrages verlangen, um welchen noch jetzt der Wert der Sache erhöht ist.[23])

h. Über die Stellung des Besitzers, der seinen Anspruch wegen Verwendungen gegen Miteigentümer geltend zu machen hat, vgl. oben I. Abschnitt § 1. 3.

§ 3.

Der unredliche Besitzer.

Wegen nützlicher Verwendungen und Luxusverwendungen kann der unredliche Besitzer überhaupt keinen Ersatz verlangen, es sind ihm immer nur notwendige Verwendungen zu ersetzen und auch diese nur nach den Sätzen der negotiorum gestio.[1]) Während sonst die Prüfung der Würdig-

[19]) Motive S. 516 [20]) §§ 683, 684, 679 BGB. [21]) Wie in den Fällen der §§ 988 und 993 BGB. [22]) Biermann § 996. 3 S. 200. [23]) Planck § 256 S. 29 (Bd. II.)

[1]) §§ 990, 994 Abs. 2, 996, vgl. §§ 679, 683, 684 BGB.

keit der Sache für den Aufwand dem Besitzer zusteht, kommt es hier auf den Willen des Eigentümers an, der Besitzer kann z. B. wegen der Reparaturkosten für ein Haus keinen Ersatzanspruch geltend machen, wenn dasselbe nach der Ansicht des Eigentümers besser auf Abbruch verkauft worden wäre.[2])

Die Protokolle der zweiten Lesung besagen: „die Rechtskonsequenz würde eigentlich dahin führen, den unredlichen Besitzer, weil er die Verwendungen wissentlich auf eine fremde Sache macht, jeden Ersatzanspruch zu versagen." Aus Billigkeitsrücksichten wich die Kommission davon ab[3]), zumal das bestimmende Moment bei dem redlichen Besitzer, dem gegenüber die Rechtshängigkeit eintrat, gar nicht gegeben ist. Eine bessere Lage wollte die zweite Kommission weder dem unredlichen Besitzer nach dem Prozeßbesitzer, der die Sache auf seine Gefahr behält, geben, damit sie nicht günstiger gestellt würden wie ein Nießbraucher oder ein Pfandgläubiger.[4])

Über die Verteilung der Beweislast vgl. den vorigen § 2 c am Ende.

§ 4.

Die Sondervorschrift des § 998 BGB über die Bestellungskosten landwirtschaftlicher Grundstücke.

Ist ein landwirtschaftliches Grundstück herauszugeben, so hat nach § 998 der Eigentümer die Kosten, die der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahres zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen.

Diese Vorschrift gilt für den redlichen Besitzer (vor und nach der Rechtshängigkeit) wie für den unredlichen Besitzer gleichermaßen, der Zweck des § 998 ist, zu verhüten, daß der Besitzer die Bestellung des Grundstücks unterläßt und dadurch den Eigentümer schädigt. In dieser Absicht ist dem Besitzer hier der Nachweis erlassen, daß die betreffenden Verwendungen notwendig waren.[1]) Es muß sich um ein „landwirtschaftliches Grundstück"[2]) handeln. Die Protokolle[3]) verstehen darunter bloß ein Ackergrundstück, diese Auffassung aber ist sicher zu eng, man wird mindestens „Ackergrundstück" im weitesten Sinne nehmen und auch Weingärten, Wiesen und Gemüsepflanzungen einrechnen müssen.[4]) Aber auch solche Grundstücke, die lediglich der Viehzucht gewidmet sind, werden durch § 998 getroffen, ebenso Waldgrundstücke[5]), denn die ratio legis ist bei diesen gleicherweise am Platze.

Die Früchte müssen noch nicht getrennt, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahres zu trennen sein. Das Wirtschaftsjahr ist für jede Fruchtart je nach den örtlichen Verhältnissen verschieden zu bestimmen. Ausgeschlossen ist ein Ersatzanspruch, wenn die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erst nach dem Ende des Wirtschaftsjahres zu trennen sind, wie das z. B. bei einem neu angepflanzten Wald, bei Spargeln und Schwarzwurzeln der Fall ist.

---

[2]) Biermann § 994 2 S. 199, Lehmann S. 109 5. [3]) Lehmann a. a. O. [4]) Planck § 994 3 S. 265. Vgl. §§ 1049, 1216 BGB.

[1]) Lehmann S. 109 6. [2]) Dieses braucht kein „Landgut" der in §§ 593 und 594 erwähnten Art zu sein. [3]) Prot. Bd. III. S. 401. [4]) Maenner S. 170, Biermann § 998. [5]) Planck zu § 592 a. E.

Der Besitzer, der Besteller trägt also die Gefahr des Fruchtertrages, nur bis zum Wert der erzielten Früchte zur Zeit der Herausgabe des Grundstücks sind ihm seine Bestellungskosten zu ersetzen. Gehen also die Früchte vorher zugrunde, bekommt er nichts, hat er mehr ausgegeben, als die Früchte nun wert sind, verliert er einen Teil. Er hat auch nachzuweisen, daß die Früchte so viel oder mehr wert sind, als die ihm zu ersetzenden Bestellungskosten betragen.

§ 998 bildet an sich nur eine Folgerung aus dem allgemeinen Grundsatz des § 102 BGB. Nach dieser allgemeinen Regel sind auch die schon getrennten Früchte, die herausgegeben werden müssen, zu behandeln; der Besitzer kann Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten insoweit verlangen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen.

§ 5.

Das Ersatzrecht ein dingliches auf der Sache ruhendes Recht.

a. Hat die Person des Besitzers im Lauf der Zeit gewechselt, so kann der gegenwärtige Besitzer auch für die Verwendungen des Vorbesitzers Ersatz verlangen. Der Ersatzanspruch des Besitzers muß aber derivativ erworben sein mit dem Besitz (999 Abs. 1), der Anspruch des Vormannes geht durch cessio legis auf den Nachmann über. Eine Rechtsnachfolge ist stets dann anzunehmen, wenn ein Besitzer mit seinem Willen den Besitz an einen Nachfolger verliert. Deshalb liegt eine Rechtsnachfolge beispielsweise auch dann vor, wenn ein unter einer auflösenden Bedingung oder bis zu einem Endtermin übertragener Besitz an den früheren Besitzer zurückgelangt.[1]) Ebenso findet § 999 Abs. 1 Anwendung auf den Fall, daß der gegenwärtige Besitzer den Besitz auf Grund einer Veräußerung des Vorbesitzers erlangte und nur deshalb nicht Eigentümer wurde, weil es der Vorbesitzer nicht war usw. Da ist zu vermuten als Absicht der Vertragschließenden, daß der Besitznachfolger wenigstens den Anspruch aus den Verwendungen des Vorbesitzers erwerben soll. Doch können die Parteien auch das Gegenteil bestimmen, für den Fall der Sondernachfolge enthält also § 999 Abs. 1 nur eine dispositive Vorschrift, ebenso für den Fall der auf einer Verfügung von Todeswegen beruhenden Rechtsnachfolge.[2])

Die Aufwendungen anderer Personen sind dem Besitznachfolger nicht zu erstatten, z. B. nicht dem Unterbesitzer die Aufwendungen des Oberbesitzers; denn der letztere ist nicht Vorbesitzer, sondern zur Zeit noch selbst Besitzer.[3])

Sind mehrere Vorbesitzer vorhanden gewesen und leitet der gegenwärtige Besitzer seinen Besitz von ihnen auf dem Weg der Rechtsnachfolge ab, so kann er für die Verwendungen aller Vorbesitzer Ersatz verlangen.

b. Umgekehrt erstreckt sich nach § 999 Abs. 2 die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz der Verwendungen auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat. Im Fall

[1]) Biermann § 943 2 S. 153, ebenso Hölder zu § 221 Bem. 3 S 446, Kober S. 95, Hellwig Rechtskraft § 15 Anm. 17 S 114. Dagegen Planck S. 198 Bem 1. [2]) Planck § 999 1 S. 270. [3]) Doch das dem mittelbaren Besitzer zustehende Zurückbehaltungsrecht des § 1000 kann der unmittelbare Besitzer auch seinerseits geltend machen.

des § 931 folgt das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers gegenüber dem neuen Eigentümer schon aus § 986 Abs. 2 in Verbindung mit § 1000.

Die Art der Ersatzberechtigung des Besitzers ist maßgebend für die Frage, nach der Person welches Eigentümers die Aufwendungen geschätzt werden sollen. Wenn der Besitzer Ersatz verlangen kann nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, so ist die Person dessen maßgebend, der zur Zeit der Vornahme der Verwendungen Eigentümer war. Im Fall des § 996 dagegen wird die Ersatzpflicht bestimmt durch die Werterhöhung zur Zeit der Erlangung der Sache durch den letzten Eigentümer.[4])

Darauf kommt es nicht an, ob der jetzige Eigentümer beim Erwerb der Sache die Verwendungen kannte, vielmehr ruhen Ersatzpflicht und Ersatzrecht als dingliche Rechte und Lasten auf der Sache.[5]) Dieses bedeutet bei Grundstücken — auf welche fast ausschließlich § 999 Abs. 2 praktisch angewendet werden wird — eine Durchbrechung des materiellen Publizitätsprinzips des Grundbuchrechts.[6])

An den Eigentümer, der erst nach der Herausgabe der Sache das Eigentum erlangt hat, kann sich der Besitzer niemals halten. Die Regel des § 999 Abs. 2 erfährt eine Ausnahme durch die Sondervorschrift des § 93 Abs. 2 ZwVG, wonach der Ersteher eines zwangsweis versteigerten Grundstücks usw. zum Ersatz von Verwendungen, die vor dem Zuschlage gemacht sind, nicht verpflichtet ist.

§ 6.

Der Lösungsanspruch.

Im Mittelalter entwickelte sich im internationalen Verkehr zum Schutz der Kaufleute der sogenannte Lösungsanspruch, wonach ein Besitzer, welcher eine Sache gutgläubig von einem Unbefugten gekauft oder gemietet usw. hat und den Kaufpreis, Mietpreis usw. gezahlt hat, nun aber durch die Vindikation des wirklichen Eigentümers zur Herausgabe gezwungen wird, die Erstattung des dem unbefugten Verkäufer, Vermieter usw. gezahlten Geldes von dem Vindikanten verlangen durfte.[1]) Diese Institution kannte auch das alte preußische und das französische Recht.[2])

Das BGB hat den Lösungsanspruch stillschweigend abgeschafft, die zweite Kommission hat die §§ 930 und 940 des Entwurfs I, welche ihn gewährten[3]), besonders aus praktischen Bedenken gestrichen. Man fürchtete hauptsächlich, diese Paragraphen könnten dem Schutz der Hehlerei dienen und den unbemittelten Eigentümer in der Verfolgung seines Rechtes schlechter als den bemittelten Eigentümer stellen. Auch betonte die Kommission, wenn man den redlichen Erwerber in so weitgehendem Maße schützen wollte, könnte man ihm gerade so gut einfach in allen Fällen das Eigentum gewähren und den § 879 des Entwurfs (nun § 933 und § 935) streichen.

---

[4]) Vgl. Bähr, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 515. [5]) Endemann S. 367. [6]) Oberneck S. 349. — Vgl. § 575 ff BGB; der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht darauf, daß der eingetragene Eigentümer den Besitz des Grundstücks hat.

[1]) Vgl. Prot. II S. 4026. [2]) ALR I 15 §§ 24–26; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. I § 248 Anm. 12 f.; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. III § 180; Code Art. 2280. Ebenso Sächs. BGB § 315. [3]) Vgl. M. S. 417 ff.

Handelt es sich um den Erwerb einer Sache, die dem Eigentümer weder gestohlen worden noch verloren gegangen noch sonst abhanden gekommen war, so wird der gutgläubige Erwerber nach §§ 932—934 BGB Eigentümer, im entgegengesetzten Fall aber muß er nach geltendem Recht die Sache herausgeben, ohne einen Ersatzanspruch zu haben. Man kann, wie Cosack[4]) ausführt, wohl dem Käufer ohne Unbilligkeit zumuten, das gezahlte Kaufgeld von dem Verkäufer zurückzufordern, während es weit härter wäre, von dem Eigentümer zu verlangen, zunächst seinerseits dem Käufer den Kaufpreis zu erstatten und sich dann beim Dieb oder Hehler usw. Ersatz zu holen. Auch handelt das Gesetz nach einer klugen rechtspolitischen Erwägung, wenn es den Käufer nach seinen Vormännern und nicht den Eigentümer nach dem Diebe auf die Suche schickt, denn erfahrungsgemäß findet man auf diese Weise viel eher den Delinquenten.

Nur in einem Ausnahmefalle existiert der Lösungsanspruch noch fort. Artikel 94 Abs. 2 des EG zum BGB sagt: Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen öffentlichen Pfandleihanstalten[5]) das Recht zusteht, die ihnen verpfändeten Sachen dem Berechtigten nur gegen Bezahlung des auf die Sache gewährten Darlehens herauszugeben. Von dieser im EG gegebenen Ermächtigung machte Bayern Gebrauch[6]) in Artikel 91 des bayr. AG zum BGB, welcher lautet: „Öffentlichen Pfandleihanstalten steht das Recht zu, Sachen, an denen sie nach den Vorschriften des § 935 Abs. 1 und der §§ 1207, 1208 BGB ein Pfandrecht nicht oder nur im Range nach dem Rechte eines Dritten, mit welchem die Sache belastet ist, erwerben, dem Berechtigten nur gegen Bezahlung des auf die Sache gewährten Darlehens samt Zinsen herauszugeben. Die Vorschriften des § 1003 BGB finden entsprechende Anwendung." Die Anstalt hat nur ein Zurückbehaltungsrecht, kein Pfandrecht.[7])

B. Die Geltendmachung der Ansprüche.

§ 1.

Überblick.

Der Anspruch des Besitzers auf Ersatz seiner Verwendungen wurde in Rom bloß durch Einrede geltend gemacht.[1]) Diese Form der Geltendmachung behielt das BGB bei (§ 1000), gab aber daneben dem Besitzer ein direktes Klagerecht (§ 1001) und ein beschränktes Selbstbefriedigungsrecht (§ 1003).[2])

§ 2.

Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts.

a. Nach § 1000 kann der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt ist.

[4]) Cosack S. 174. [5]) Also nicht den Privatleihanstalten, auch wenn sie etwa bisher ein solches Privileg besaßen. [6]) Ebenso das Badische AG Art. 29; Braunschweig. AG § 63; Sachsen-Altenburger AG § 91; Lübecker Leihausordnung vom 30. Oktober 1899 § 21. [7]) Fischer-Henle zu Art. 94 bayr. AG zum BGB, S. 1200.

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. I § 227, S. 254; l. 48 de rei vind. 6. 1. [2]) Über die Entstehungsgeschichte der hier einschlägigen Paragraphen vgl. Weseler, das ius tollendi des Besitzers, Greifswalder Dissertation 1899, S. 50 ff.

In diesem Zurückbehaltungsrecht liegt eine Anwendung der in § 273 Abs. 2 BGB allgemein aufgestellten Grundsätze. Auch § 273 Abs. 3 ist anwendbar, der Eigentümer kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden, welch letztere aber in diesem Falle durch Bürgenstellung nicht bewirkt werden kann.

Das Zurückbehaltungsrecht führt nicht zur Abweisung der Klage[1]), vielmehr hat nach § 274 BGB gegenüber der Klage des Eigentümers die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Besitzer zur Herausgabe gegen Empfang des ihm für die Verwendungen gebührenden Ersatzes zu verurteilen ist (zur Erfüllung Zug um Zug). Auf Grund einer solchen Verurteilung kann dann der Eigentümer, wenn der Besitzer in Annahmeverzug ist, seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Weg der Zwangsvollstreckung verfolgen, ebenso wie wenn eine unbedingte Verurteilung ergangen wäre.[2])

b. Das Zurückbehaltungsrecht steht auch dem mittelbaren Besitzer zu, er ist also bis zu seiner Befriedigung dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt. Also kann nach § 986 Abs. 1 auch der auf Herausgabe der Sache verklagte unmittelbare Besitzer bis zur Befriedigung des mittelbaren Besitzers die Herausgabe verweigern. Er ist sogar diesem gegenüber nach Maßgabe des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses zur Geltendmachung dieser Einrede verpflichtet.[3])

c. Im Konkurs des Eigentümers hat der Besitzer nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 KO in Ansehung der zurückbehaltenen Sache einen Absonderungsanspruch wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrags seiner Forderung aus der Verwendung.

d. In einem Falle muß der Besitzer vorleisten, eine gesetzliche Ausnahme von § 273 gibt § 1000 Abs. 2, welcher dem Besitzer das Zurückbehaltungsrecht abspricht, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. Diese Handlung braucht (anders als in § 992) keine strafbare zu sein.

e. Das Zurückbehaltungsrecht hemmt nach § 202 Abs. 2 BGB nicht die Verjährung.

§ 3.

Das beschränkte selbständige Klagerecht des Besitzers.

a. Durch selbständige Klage kann der Besitzer nach § 1001 seinen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt.

Die Wiedererlangung kann mit dem Willen des Besitzers oder ohne diesen geschehen sein; es gilt als solche auch die Abtretung des Herausgabeanspruchs durch den verklagten mittelbaren Besitzer.

Unbedingt entsteht aber[1]) dieses Klagerecht erst mit der Genehmigung der Verwendungen durch den Eigentümer. Diese Genehmigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.

---

[1]) Vgl. dazu Hölder, in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. XXIX S. 78. [2]) Im übrigen vgl. §§ 726, 756, 765 CPO. [3]) Mot. III S. 414.

[1]) Vgl. über § 1001 Satz 2 den folgenden § 4.

Die Genehmigung kann auch stillschweigend erfolgen, sie gilt nach § 1003 S. 3 als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt (keine Fiktion). Auf die Annahme finden die Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung.[2])

Die Genehmigung braucht sich bloß auf „die Verwendungen" schlechthin zu beziehen, eine genaue Bezeichnung der als Ersatz verlangten Summe ist nicht nötig, wenn der Eigentümer sich mit der Verwendung einverstanden erklärt.[3]) In diesem Falle bestimmt sich der zu ersetzende Betrag nach den gesetzlichen Bestimmungen, nach §§ 994—996 und 998. Hat aber der Besitzer bei dem Angebot der Herausgabe eine feste Ersatzsumme angegeben und hat sie der Eigentümer angenommen, so gilt diese Summe als vereinbart, auch wenn sie von der nach dem Gesetz sich ergebenden verschieden ist.[4])

Mit der Genehmigung wird der Eigentümer persönlich haftbar, während sonst den §§ 1001—1003 das Prinzip zugrunde liegt, daß er nur mit der Sache oder ihrem Wert verhaftet ist. Offenbar ist § 298 BGB auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden, der Eigentümer braucht nicht zugleich seine Gegenleistung anzubieten, wenn er die Herausgabe anzunehmen bereit ist; er kommt dadurch nicht in Annahmeverzug.[5])

Die Genehmigung kann vor oder nach der Wiedererlangung erfolgen, auch in letzterem Falle hat sie neben der Wiedererlangung noch die besondere Bedeutung, daß sie die sich aus § 1001 S. 2 und § 1002 ergebenden Rechtsfolgen nach sich zieht. Wenn die Genehmigung vor der Wiedererlangung erfolgte, kann der Besitzer die Klage erheben, auch wenn er noch im Besitz der Sache ist, ja selbst dann, wenn die Sache vor der Herausgabe untergeht auf eine Art, die er nicht zu vertreten hat.[6]) Deshalb tut der Eigentümer gut daran, die Verwendungen nicht vor der Herausgabe der Sache zu genehmigen; das Zusammenfallen von Wiedererlangung und Genehmigung wird denn auch die Regel bilden.

Hat der unmittelbare Besitzer die Sache dem Eigentümer herausgegeben, so kann der mittelbare Besitzer seinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer geltend machen.

Über die in § 1001 S. 2 für den Besitzer gegebene Möglichkeit, sich bis zur Genehmigung der Verwendungen von dem Anspruch durch Rückgabe der wiedererlangten Sache zu befreien, vgl. den folgenden § 4.

b. Gibt der Besitzer die Sache dem Eigentümer heraus, so erlischt nach § 1002 der Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen mit dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstück mit dem Ablauf von 6 Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt.

Diese Präklusivfristen laufen also nur, wenn der Besitzer die Sache dem Eigentümer ohne Vorbehalt des Eigentums herausgegeben hat, nicht aber, wenn der Eigentümer die Sache auf eine andre Weise wieder erlangt hat.

---

[2]) Biermann, § 1001 2 S. 204, Neumann § 1001 1 S. 515. [3]) Biermann a. a. O., Planck § 1001 1 a. S. 272. Daß die Angabe des als Ersatz verlangten Betrags nicht erforderlich sei, war in § 938 Abs. 3 des Entwurfs I ausdrücklich bestimmt. [4]) Daß die hier gegebene Auslegung des § 1001 dem Willen des Gesetzes entspricht, bestätigt die bei Planck § 1001 1 b. S. 272 angeführte Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen. [5]) Biermann § 1001 1 S. 204 A. M. Planck § 1003 4 S. 275. [6]) Lehmann S. 110.

Während die Ausschlußfristen regelmäßig ohne Rücksicht darauf laufen, ob derjenige, welcher innerhalb der Frist eine Handlung vorzunehmen hat, dazu imstande ist oder nicht, sind in unserm Fall[7]) aus Gründen der Billigkeit die §§ 203, 206 und 207 für anwendbar erklärt.[8]) Die Frist ist also gehemmt, solange der Besitzer durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung verhindert ist. Ist der Besitzer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen ihn laufende Ausschlußfrist nicht vor dem Ablauf von einem Monat bezw. 6 Monaten nach dem Zeitpunkt vollendet, in welchem der Besitzer unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Gehört der Anspruch auf Verwendungen zu einem Nachlaß oder richtet er sich gegen einen Nachlaß, so läuft die Ausschlußfrist nicht vor dem Ablauf von einem Monat bezw. sechs Monaten von dem Zeitpunkt ab, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird, oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Im übrigen berechnet sich die Frist nach § 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 und 3.

Kommt die Sache zufälligerweise an den Eigentümer zurück, läuft z. B. ein Tier seinem alten Herrn wieder zu, so greift für die Klage des Besitzers die 30jährige Verjährungsfrist Platz.[9]) Der Grund liegt darin, daß oft sehr lange Zeit verstreichen kann, bis der Besitzer, der z. B. das Tier eine Zeit lang verpflegt hat, überhaupt erfährt, wem das Tier gehört und wem es wieder zugelaufen ist.

Zur Verteidigung gegen die Klage des Besitzers hat gegebenenfalls der Eigentümer zu beweisen, daß der Besitzer die Sache ihm herausgegeben habe und daß seitdem die Ausschlußfrist verstrichen sei.

Zur Widerlegung dieser Ausschließung muß der Besitzer dartun, daß er den Ersatzanspruch vor Ablauf gerichtlich geltend gemacht hat, oder daß der Eigentümer die Verwendungen genehmigt hat. Die gerichtliche Geltendmachung kann geschehen sein z. B. durch Klageerhebung, Einreichung des Gesuchs auf Vorentscheidung oder auf Bestimmung des zuständigen Gerichts, Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren oder Anmeldung des Anspruchs im Konkurs.

§ 4.

Das Rückgaberecht des Eigentümers und das beschränkte Selbstbefriedigungsrecht des Besitzers.

a. Der Eigentümer, welcher die Sache wieder erlangt, aber die Verwendungen noch nicht genehmigt hat, kann sich nach § 1001 S. 2 von dem Anspruch des Besitzers dadurch befreien, daß er die Sache zurückgibt. Dadurch wird die Rechtslage wieder hergestellt, die vor der Wiedererlangung bestand und die Zulässigkeit der selbständigen Geltendmachung des Anspruchs wird wieder beseitigt.

---

[7]) Ebenso wie in § 1339 Abs. 3 und § 1571 Abs. 4 BGB. [8]) Vgl. RG 48, 163. [9]) Prot. S. 4004.

Die Rückgabe kann selbst dann noch erfolgen, wenn der Besitzer schon Klage auf Ersatz der Verwendungen erhoben hat; darnach ist die Klage abzuweisen.[1])

Durch die Rückgabe verliert nicht etwa der Eigentümer sein Eigentumsrecht zugunsten des Besitzers.

Ist die Sache zur Zeit der Rückgabe verschlechtert, so hat der Eigentümer, wenn ihn ein Verschulden trifft, dem Besitzer Schadensersatz zu leisten[2]); ist die Sache aber ganz untergegangen und ist dadurch die Möglichkeit der Rückgabe weggefallen, so ist auch das Recht des Eigentümers, sich durch Rückgabe zu befreien, ausgeschlossen.

Dem Rücknahmerecht des Eigentümers entspricht die Rücknahmepflicht des Besitzers. Erfüllt der letztere diese seine Pflicht nicht, so kommt er in Verzug und kann fortan seinen Ersatzanspruch nicht geltend machen.[3]) Doch wenn er sich dann dem Eigentümer gegenüber zur Rücknahme bereit erklärt, wodurch der Verzug beendigt wird, kann er den Ersatzanspruch wieder geltend machen, bis der Eigentümer die Sache zurückgegeben hat, unbeschadet des Anspruchs des Eigentümers auf Ersatz des ihm durch den Verzug sonst etwa erwachsenen Schadens.

b. Wenn der Eigentümer die wiedererlangte Sache zurückgibt und sich dadurch nach § 1001 S. 2 von dem Ersatzanspruch des Besitzers befreit, entsteht ein eigenartiger Schwebezustand zum Nachteil des Besitzers, welcher während dieser Zeit dem Eigentumsanspruch wohl unterworfen, von seinem Ersatzanspruch aber abgeschnitten ist.

Um sich aus dieser unangenehmen Lage zu befreien, kann der Besitzer gemäß § 1003 den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt.

Die Aufforderung des Besitzers an den Eigentümer ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und bedarf keiner Form. Die gesetzte Frist muß eine „angemessene" sein, das heißt eine solche, innerhalb deren man billig dem Eigentümer eine Entscheidung zumuten kann. Eine reichliche Bemessung der Frist wird sich empfehlen; wenn der Besitzer nichts besonderes bestimmt, wird die Frist nach den §§ 187, 188 berechnet. War die Frist keine angemessene, so darf der Besitzer sich auch dann nicht selbst befriedigen, wenn er nach dem Ablauf der zu kurzen Frist noch eine Zeit lang und im ganzen eine angemessene Zeit gewartet hat. Denn die gesetzlich verlangte „Bestimmung einer angemessenen Frist" ist hier nicht gegeben[4]), außerdem würde eine abweichende Behandlung das Ansehen und die Kraft der Fristen schwer schädigen.

Trotzdem eine bestimmte Form der Aufforderung nicht verlangt wird, tut der Besitzer gut daran, sich auf irgend eine Art, durch eingeschriebenen

---

[1]) Biermann, § 1001. 2. S. 204. [2]) Prot. Bd. III. S. 366. [3]) Planck § 1001. 2. S. 272. [4]) Ebenso Planck, § 250 Bem. 2. Enneccerus § 162 S. 412, gegen Cosack Bd. 1 S. 353. Anm. 25.

Briefe usw., den Beweis der erfolgten Fristbestimmung und des Zeitpunktes, in welchem sie dem Eigentümer zugegangen ist[5]) zu sichern.[6]) Nach erfolgter Aufforderung sind drei Möglichkeiten gegeben, welche wir gesondert betrachten wollen.

α. Der Eigentümer läßt die Frist verstreichen und erklärt sich nicht. Da kann der Besitzer sich aus der Sache befriedigen. Die Befriedigung erfolgt bei beweglichen Sachen nach den Vorschriften über den Pfandverkauf[7]), also im Wege öffentlicher Versteigerung usw. Nur die Regeln über den Pfandverkauf, nicht auch die sonstigen Vorschriften über das Pfandrecht finden Anwendung.

Für die Befriedigung aus Grundstücken ist der erste Abschnitt des ZwVG maßgebend, die Vorschriften über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Voraussetzung ist hier stets ein vollstreckbarer Titel. Der Besitzer muß deshalb Klage erheben auf Duldung der Zwangsvollstreckung. In diesem Prozeß wird nur untersucht, ob die Voraussetzungen des § 1003 Abs. 1 vorliegen oder nicht, der Eigentümer kann nicht etwa noch jetzt die Bestreitung des Anspruchs des Besitzers nachholen.[8]) Für die Zwangsvollstreckung ist sodann nach § 1 ZwVG das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück gelegen ist, es muß eventuell gemäß § 37 ein Versteigerungstermin bestimmt werden usw.; der Besitzer hat ein Recht auf Befriedigung lediglich in der fünften der in § 10 ZwVG aufgeführten Klassen, also hat er kein Vorrecht vor den nach der Vornahme der Verwendungen entstandenen Rechten an dem Grundstück.

Fraglich ist, ob die Zwangsvollstreckung hier auch erfolgen kann durch Eintragung einer Sicherungshypothek. Als die herrschende und zugleich als die richtige Meinung wird die anzusehen sein, welche diese Art der Befriedigung hier ausschließt.[9]) Ausschlaggebend muß sein, daß auch dem § 1003 doch das Prinzip der Haftung bloß mit der Sache zugrunde liegt, bei der Sicherungshypothek müßte aber der Eigentümer infolge der notwendig mit Hypothek verbundenen Forderung auch persönlich haften und wäre genötigt, auch über den Wert des Grundstücks hinaus für die Verwendungen aufzukommen. Wohl ist der Verwendungsanspruch im Grunde eine persönliche Forderung gegen den Eigentümer, doch mit dem ungestörten Ablauf der Frist hat er alles Persönliche abgestreift und sich auf der Sache allein niedergelassen.

Ein ins Schiffsregister eingetragenes Schiff wird bekanntlich hinsichtlich der Zwangsvollstreckung wie ein Grundstück behandelt.[10]) Auf Grund eines vollstreckbaren Titels kann der Besitzer sich hier nur durch Zwangsversteigerung befriedigen.[11])

Wenn der bei der Versteigerung erzielte Erlös nicht zur vollen Befriedigung des Besitzers ausreicht, so hat der Besitzer, wieder gemäß dem allgemeinen Prinzip der §§ 1001—1003, keinen Anspruch gegen den Eigentümer auf Nachzahlung. Es ist sicher ganz unrichtig und nach der falschen Richtung spitzfindig, wenn Biermann[12]) sagt, daß der Eigentümer, wofern

[5]) § 130 BGB. [6]) Planck § 1003 2 b. α. S. 274. [7]) §§ 1234 1247 BGB. [8]) Biermann § 1003 1 a. S. 205. [9]) So Biermann § 1003 1 b. S. 205. Oberneck S. 350, Planck § 1003 3 b. S. 704. a. A. Kober § 1003 1 a. S. 262, Neumann § 1003 4. S. 517 und Matthiaß § 31 S. 92 unten. [10]) ZwVG §§ 162—171; § 1268 BGB [11]) CPO § 870 Abs. 2. [12]) Biermann § 1003 1. b. S. 205.

er selbst der Ersteher der zwecks Befriedigung des Besitzers versteigerten Sache ist, damit die Sache wiedererlangt hat und infolgedessen verpflichtet ist, die Verwendungen zu ersetzen. Indem Biermann in diesem Fall dem Eigentümer sogar das Recht zuspricht, sich nach § 1001 S. 1 und 2 von dem Ersatzanspruche wieder zu befreien, eröffnet er eine unendliche Perspektive, worin Rückgabe und Versteigerung und Versteigerung und Rückgabe stets anmutig abwechseln. — Maenner[13]) behauptet deshalb mit Recht, daß mit der Versteigerung die Ansprüche dauernd erledigt sind. Auch logisch ist dieses Resultat das vernünftigste. Angenommen die Verwendungen betragen 100, das höchste Gebot in der Versteigerung 29, der Eigentümer steht dabei und würde 30 gern bieten, aber wenn er den Zuschlag erhält, kommt er wieder in sein altes persönliches Schuldverhältnis zum Besitzer; es wird also bloß zum Vorteil des Besitzers sein, wenn man den Eigentümer ungestraft das Höchstgebot tun läßt, der Besitzer wird lieber 30 erhalten und auf weitere Ansprüche verzichten als 29 erhalten und gleichfalls auf weitere Ansprüche verzichten.

β. Wenn der Eigentümer während der gesetzten Frist die Verwendungen genehmigt, kann der Besitzer ihm die Sache herausgeben und nach § 1001 Klage erheben. Durch die Genehmigung entsteht ein unbefristeter, durch Zurückgabe der Sache nicht wieder aufhebbarer Anspruch des Besitzers auf Ersatz der Verwendungen.

Der Eigentümer, der behauptet, er habe innerhalb der gesetzten Frist die Verwendungen genehmigt und der Besitzer sei deshalb nicht berechtigt, sich aus der Sache selbst zu befriedigen usw., hat dafür den Beweis zu erbringen.[14])

γ. Der Eigentümer kann aber auch innerhalb der Frist den Ersatzanspruch des Besitzers bestreiten. Unter Bestreitung wird zu verstehen sein ein deutlicher Ausdruck des Gedankens, daß der Eigentümer den Besitzer nicht für berechtigt halte, entweder Ersatz überhaupt, oder Ersatz in der verlangten Größe zu begehren, die bloße Erklärung, nicht zahlen zu wollen, wird deshalb nicht als „Bestreitung" gelten können.[15]) Trotzdem aber wird wohl Biermann mit Recht annehmen[16]), daß man diese Erklärung schwerlich anders denn als eine Bestreitung behandeln könne; ruft doch auch diese Erklärung die Notwendigkeit einer Feststellungsklage hervor.

Nach § 1003 S. 2 kann der Besitzer im Fall der Bestreitung seines Anspruchs durch den Eigentümer sich aus der Sache erst dann befriedigen, wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Verwendungen den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat und die Frist verstrichen ist. Zuerst muß die Ersatzforderung also durch Feststellungsurteil gemäß § 256 ZPO ihrem Bestand und ihrer Höhe nach festgestellt werden. Dieses Urteil ist nicht vollstreckbar, es spielt dieselbe Rolle wie die Rückgabe der Sache gemäß § 1001 Abs. 2, der Besitzer muß deshalb dem Eigentümer nochmals eine angemessene Frist setzen und erst nach deren Ablauf darf er die Zwangsvollstreckung nach § 1003 Abs. 1 betreiben. Das Recht auf Befriedigung aus der Sache ist natürlich ausgeschlossen, wenn die Genehmigung rechtzeitig erfolgt.

---

[13]) Maenner S. 171. [14]) Wach in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. XXIX. (1901) S. 391, Planck § 1003 2 b. β. S. 274. [15]) Kober § 1003 1. c. S. 262. [16]) Biermann § 1003 1. c. S. 206.

c. Der Eigentümer seinerseits kann nicht verlangen, daß der Besitzer die mit dem Verwendungsanspruch belastete Sache verkaufe, sein Interesse wird durch das Rückgaberecht genügend gewahrt.[17])

d. Wenn die Voraussetzungen alle vorliegen, kann der Besitzer den Eigentümer auch nach § 298 BGB in Verzug setzen, wofern dieser zwar bereit ist, die angebotene Sache anzunehmen, nicht aber den verlangten und geschuldeten Ersatz anbietet. Diese Möglichkeit, den Eigentümer in Verzug zu setzen, ist für den Besitzer von großem Vorteil in bezug auf seine Haftung wegen der von ihm verwahrten Sache[18]), doch wird es hier dem Besitzer nur in seltenen Fällen gelingen, den Besitzer tatsächlich wirksam in Verzug zu setzen, besonders § 285 wird dem Eigentümer in seiner Eigenschaft als „Schuldner" zur Seite stehen.[19])

§ 5.

Das Wegnahmerecht.

a. Nach § 997 Abs. 1 kann der Besitzer, der mit der herauszugebenden Sache eine andre Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat, diese verbundne Sache abtrennen und sich aneignen.

Die Sache, die mit einer andern als wesentlicher Bestandteil gemäß § 93 BGB verbunden wurde, ist damit in das Eigentum des Besitzers der Hauptsache übergegangen und dem Besitzer würde nur ein Anspruch auf Verwendungen zustehen. Dadurch könnte er, z. B. wenn es sich um ein eingebautes, vom Besitzer sehr geschätztes Kunstwerk handelt, in eine mißliche Lage kommen. Um diese Härte zu beseitigen, gibt ihm das BGB das ius tollendi.

Hat der Besitzer mit der herauszugebenden Sache eine andre Sache als unwesentlichen Bestandteil verbunden (z. B. einen Ofen), so ist ein Eigentumswechsel überhaupt nicht eingetreten, die Abtrennung kann also mit Beachtung des § 258 BGB ohne weiteres vorgenommen werden, und wenn die Sache schon an den Eigentümer gelangt ist, wechseln die Rollen, der letztere wird Besitzer und Passivlegitimierter gegenüber dem Eigentumsanspruch des vormals Beklagten. Für die Geltung des § 997 kommt also nur die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück oder mit einer als Hauptsache anzusehenden beweglichen Sache in Betracht.[1]) In diesen Fällen steht das ius tollendi des § 997 dem redlichen und dem unredlichen Besitzer in gleicher Weise zu. Die Verbindung wird oft eine Verwendung im Sinn der §§ 994—996 BGB darstellen, wofür der Besitzer in den hier gegebenen Grenzen einen Ersatzanspruch hat. Da kann der Besitzer eventuell zwischen Ersatzanspruch und Trennungsrecht wählen.[2]) Dieses Wahlrecht ist von besonderer Bedeutung, wenn es sich um solche zu wesentlichen Bestandteilen gewordenen Sachen handelt, welche zugleich zu den Erzeugnissen der herauszugebenden Sache gehören. In der zweiten Kommission wurde beantragt[3]), hier das Abtrennungsrecht ganz auszu-

[17]) Vgl. Prot. Bd. III. S. 366, Kober § 1003, 1. a. S. 262. [18]) Vgl. BGB § 300 ff. [19]) Im übrigen vergleiche die Kommissionsverhandlungen über diesen Gegenstand, Planck § 1003 4. S. 275.

[1]) §§ 946, 947 BGB. [2]) Oberneck S. 350. Ebenso Biermann § 997, 1 S. 201. [3]) Planck § 997, 1. S. 267.

schließen, weil Pflanzen und Bäume, die längere Zeit ihre Nahrung aus dem Boden gezogen hätten, einen Teil des Werts der Grundstücke darstellten und weil der Besitzer keinen Anspruch auf Zuwachs habe. Die Mehrheit verwarf diesen Antrag, indem sie den Zuwachs unter den Gesichtspunkt der Nutzungen brachte. Der Besitzer, der die Pflanzen usw. abtrennt, zieht dadurch zugleich Nutzungen und ist daher nach Maßgabe der §§ 987 ff. zur Herausgabe der getrennten Sachen an den Eigentümer verpflichtet. Danach kann, so wurde als Ansicht der Mehrheit in der Kommission ausgeführt, der redliche Besitzer den Zuwachs für sich beanspruchen, während der unredliche Besitzer im Falle der Ausübung des Abtrennungsrechts die in dem Wert der Pflanzen enthaltenen Nutzungen dem Eigentümer mit der Sache herausgeben muß.[4]) Dieses aus den allgemeinen Regeln hervorgehende Ergebnis wird nun durch die Sondervorschrift des § 997 modifiziert. Es gibt dem Besitzer stets das ius tollendi, ohne die Fruchteigenschaft der verbundenen Sache eigens zu behandeln. Also kann z. B. auch ein unredlicher Besitzer die etwa eingepflanzten Rosenstöcke vom Boden trennen. Dadurch erlangt er aber die Rosenstöcke, seine mit dem Grundstück verbundenen beweglichen Sachen, nicht bloß in demjenigen Zustande, in dem er sie in den Boden einfügte, sondern zugleich damit den Zuwachs, den die Stöcke durch die Verbindung mit dem Boden aus diesem erlangt haben. In diesem Zuwachs erhält er Nutzungen des Grundstücks, und darauf sind die Sätze des § 987 ff. anzuwenden. Es ist unmöglich, die ursprüngliche Sache vom Zuwachs zu trennen, deshalb muß der Besitzer, der das ius tollendi ausüben will, dem Eigentümer je nach seiner Qualifikation den Zuwachs, den er herauszugeben hätte, in Geld ersetzen.[5])

Namentlich bei solchen Verwendungen spielt das Abtrennungsrecht eine Rolle, welche dem Besitzer nicht erstattet zu werden brauchen, wie bei Luxusanlagen.

b. Nach § 997 Abs. 1 S. 2 finden die Vorschriften des § 258 BGB Anwendung. Darnach hat der Besitzer, der sein Abtrennungsrecht ausübt, die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen. Die Abtrennung muß auch dann gestattet werden, wenn die Hauptsache bereits in den Besitz des Eigentümers zurückgelangt ist; doch kann dieser die Gestattung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit (nach § 232 ff. BGB) geleistet wird.

c. Zur eigenmächtigen Ausübung des Trennungsrechts ist nach Lage der Sache nur der unmittelbare Besitzer befugt.[6]) Der Wegnahmeberechtigte, der sich nur im mittelbaren Besitz der Sache befindet, würde sich dem mittelbaren Besitzer gegenüber verbotener Eigenmacht schuldig machen, wenn er ohne Einwilligung desselben zur Wegnahme schreiten würde. Wenn aber der Eigentümer die Sache wiedererlangt hat, kann auch der mittelbare Besitzer von ihm Gestattung der Abtrennung verlangen.

Das Abtrennungsrecht gilt auch für Sachen, die nicht der Besitzer selber, sondern irgend ein Dritter mit dem Grundstück verbunden hat, jedoch nur zugunsten des Dritten.[7]) Durch die Ausübung des Wegnahmerechts

[4]) Prot. Bd. II. S. 3994—4000, Bd. III. S. 356. [5]) Im Ergebnis übereinstimmend Biermann § 997, 2. b. S. 201. [6]) Strohal, Sachbesitz S. 43. [7]) § 951, Abs. 2 BGB.

lebt das durch die Verbindung untergegangene Eigentum wieder auf. Aber der frühere Eigentümer bedarf nicht der Rücktradition, vielmehr ist er, wenn er selbst als Besitzer die Wegnahme vollzieht, berechtigt, die Sache an sich zu nehmen, und hierdurch soll er das Eigentum wieder erlangen. Ist aber der Besitzer nicht auch früherer Eigentümer der verbundenen Sache gewesen, so hat er zwar gleichfalls das Wegnahmerecht, allein er wird durch die Wegnahme nicht Eigentümer, sondern dieses wird durch ihn der frühere Eigentümer wieder.[8]) Das ist der Sinn der Worte „sich aneignen".

Ob der Besitzer auch hinsichtlich solcher Sachen das Wegnahmerecht hat, die ein Vorbesitzer mit der Hauptsache verbunden hat, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, das ist zweifelhaft; die Frage dürfte jedoch nach § 999 i. V. m. § 997 zu bejahen sein, denn auch das Abtrennungsrecht ist nur eine besondre Form des Rechts auf Ersatz der Verwendungen.[9])

d. § 997 Abs. 2 führt einige Fälle an, in denen das Abtrennungsrecht des Besitzers ausgeschlossen ist.

Vor allem kann das Recht stets durch den Willen und das Geld des Eigentümers illusorisch gemacht werden, dadurch, daß dieser dem Besitzer mindestens den Wert ersetzt, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn, den Besitzer haben würde. Bei dieser Wertbemessung ist also auf die persönlichen Verhältnisse des Besitzers Rücksicht zu nehmen, es ist der Wert zu ersetzen, den der Gegenstand nach der Abtrennung für den Besitzer haben würde. Zum Beispiel: ein abzutrennender Rosenstock gehört zu einer Sammlung von 12 besonders berühmten, eine gärtnerische besondre Klasse bildenden Rosen, deren übrige 11 Exemplare der Besitzer in einem andern Garten stehen hat. Der eine Rosenstock allein ist 20 ℳ. wert, die andern 11 zusammen bloß 150 ℳ., aber wenn die ganze Kollektion vereinigt ist, zahlt jeder begeisterte Blumenfreund stets gern 1000 ℳ. dafür. Hier hat der Eigentümer nicht 20 ℳ., sondern 850 ℳ. zu ersetzen. Wenn aber der Besitzer den einen Rosenstock bei sich für unbezahlbar hält, weil er ihn von seiner Tante zum Geschenk bekam, braucht ihm der Eigentümer diese hohe Summe nicht zu ersetzen. Planck wird also zu weit gehen, indem er sagt, dem Besitzer sei auch ein etwaiges Affektionsinteresse zu erstatten.[10])

Man wird nicht verlangen dürfen, daß der Besitzer vor der Ausübung des Abtrennungsrechts in jedem Fall feststelle, ob der Eigentümer bereit sei, ihm den Wert der verbundenen Sache zu erstatten, und daß er zu diesem Zwecke den Eigentümer zur Erstattung auffordern müsse und erst dann zur Wegnahme berechtigt sei, wenn dieser den Ersatz nicht leistet.

Planck verlangt dies[11]), aber das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt dafür, vielmehr scheint das BGB die Wegnahme für die Regel zu erachten, was auch tatsächlich der Fall ist; die Ausnahme der Werterstattung wird durch eine rechtzeitige Äußerung des Eigentümers herbeigeführt werden müssen.

Das Abtrennungsrecht ist nach § 997 Abs. 2 auch dann ausgeschlossen, wenn die Kosten für die verbundene Sache zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehören und die Verbindung in eine Zeit fiel, für welche dem Besitzer die Nutzungen der herauszugebenden Sache verbleiben. Hierher

---

[8]) Hellmann, in den Blättern für R. A. Bd. 67, S. 290. [9]) Planck, § 999, 1. S. 270. [10]) Planck, § 997, 2. c. S. 268. [11]) Planck, a. a. O.

gehören z. B. gewöhnliche Fensterscheiben, die der Hausbesitzer während seiner Wohnzeit hat einsetzen lassen.

Aus dem allgemeinen Schikaneverbot des § 226 BGB geht hervor, daß die Ausübung des Wegnahmerechts durch den Besitzer unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, dem Eigentümer Schaden zuzufügen, ohne für den Besitzer Nutzen zu haben. In § 997 Abs. 2 wird diese Konsequenz ausdrücklich hervorgehoben. Der Nutzen für den Besitzer braucht aber nicht vermögensrechtlicher Natur zu sein.[12]) Daß in der Abtrennung nur eine Schikane sich betätigt, hat der Eigentümer zu beweisen, wie er denn überhaupt für die Tatsachen, welche das Recht auf Abtrennung ausschließen, beweispflichtig ist.

VII. Abschnitt. Der Ort der Herausgabe.

a. Bezüglich des Ortes der Herausgabe sind nur bei beweglichen Sachen Zweifel möglich, unbewegliche Sachen sind natürlich herauszugeben, wo sie liegen.

Die Motive hielten eine für alle Fälle passende Fixierung des Leistungsorts für mit allzugroßen Schwierigkeiten verknüpft[1]), deshalb enthält auch das BGB hierüber keine besondre Vorschrift. Die Lage des Falls muß maßgebend sein. Darnach gelten verschiedene Sätze, je nachdem der Passivbeteiligte ein redlicher oder ein unredlicher Besitzer ist.[2])

b. Der redliche Besitzer hat die Sache dort herauszugeben, wo sie sich zur Zeit der Rechtshängigkeit befand, denn er ist vor diesem Zeitpunkt für seine tatsächlichen Verfügungen über die Sache nicht verantwortlich und ist befugt, den Ort der Aufbewahrung der Sache zu bestimmen. Jedoch fordert die Billigkeit, daß der Besitzer die Sachen dem Eigentümer auf dessen Kosten und Gefahr zusendet, wenn der Eigentümer das verlangt.[3])

c. Der unredliche Besitzer und ebenso der redliche Besitzer nach der Rechtshängigkeit ist beschränkter hinsichtlich der Wahl des Aufbewahrungsortes und Herausgabeortes der Sache. Er ist verpflichtet, auch hinsichtlich dieses Ortes fürsorglich zu verfahren[4]) und darf deshalb denselben nicht willkürlich bestimmen. Doch kann es hier Fälle geben, in denen eine Ortsveränderung der Befugnis, ja sogar der Verpflichtung des Besitzers entspricht, nämlich wenn dieses die Rücksicht auf das Interesse des Eigentümers befiehlt.[5]) Da muß der Eigentümer die Ortsveränderung gegen sich gelten lassen und hier die Sache abholen oder sich auf seine Kosten zusenden lassen. Sonst aber hat der unredliche Besitzer die Sache auf seine Kosten an den Ort zurückzuschaffen und hier herauszugeben, an dem er den Besitz übernahm; der redliche Besitzer ebenso an den Ort, wo die Sache sich beim Eintritt der Rechtshängigkeit befand.

---

[12]) Biermann § 997, 2 b. γ. S. 201, abweichend früher Kober, jetzt ebenso in § 997, 2. b. S. 258.

[1]) Mot. S. 399. [2]) Vgl. l. 10 D. de rei vind. 6. 1. und Dernburg, Pandekten Bd. I, § 226 Anm. 10. [3]) Dernburg, Sachenrecht S. 350. [4]) Vgl. Mot. a. a. O. [5]) Ebenso Kober S. 245, 5.

VIII. Abschnitt. Die Kosten der Herausgabe.

Über die Kosten der Herausgabe ist im BGB nichts festgesetzt, sie bestimmen sich nach allgemeinen Normen.

Nach § 242 BGB ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Darnach muß er das zur Erfüllung seiner Herausgabepflicht Erforderliche auf eigene Kosten vornehmen, z. B. die Räumung eines Grundstücks.[1]) Dieser Verpflichtung hat er genügt, wenn er dem Eigentümer am Ort der Herausgabe die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache ermöglicht hat; die weiteren Kosten, z. B. die Kosten der Abholung, sind dann von dem Eigentümer zu tragen, wofern nicht infolge obligatorischer Ansprüche, z. B. aus einer unerlaubten Handlung, auch sie dem Besitzer aufgeladen werden.[2])

Der Ansicht Biermanns[3]), die Kosten der Herausgabe habe nur der bösgläubige, nicht aber der gutgläubige Besitzer zu tragen, können wir nicht beitreten. Einmal ist doch sicher stets zu scheiden zwischen den Kosten der Räumung, das heißt der Herausgabe im engern Sinn, und den Kosten der Abholung. Jene wird auch Biermann wohl im Falle des redlichen Besitzes nicht dem Eigentümer aufbürden wollen, sodaß dieser dem Besitzer eventuell den Möbelwagen zum Umzug bezahlen müßte. Zum andern gestattet unsere Definition des unredlichen Besitzers als desjenigen Besitzers, der seine Nichtberechtigung zum Besitz kennt, nicht, diesem stets alle Kosten aufzubürden. Er kann ja wohl wissen, daß er selbst zum Besitz nicht berechtigt ist, aber gänzlich in Unkenntnis darüber sein, wer zum Besitz berechtigt, wer Eigentümer ist. Hier wäre es wider Treu und Glauben, ihn mit allen Kosten zu beschweren.

IX. Abschnitt. Die Verjährung.

a. Das Eigentum als das typische dingliche Recht sollte seiner Idee nach unverjährbar sein. In der ersten und zweiten Kommission wurden denn auch Anträge gestellt, die Ausnahme des § 194 Abs. 2 auch auf dingliche Ansprüche auszudehnen und diese also den aus einem familienrechtlichen Verhältnis hervorgehenden auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gleichzustellen.[1])

Aber man lehnte diese Anträge ab, weil sie einen zu großen Unterschied vom alten Recht hervorgebracht hätten, und auch aus Zweckmäßigkeitsgründen. Planck[2]) sucht diese Möglichkeit der Verjährung mit dem Wesen der dinglichen Rechte dadurch in Einklang zu bringen, daß er sagt, mit dem den Grund des Eigentumsanspruchs bildenden Gegenübertreten von Eigentum und Besitz entspringe aus dem Eigentum zwar ein Anspruch gegen den Dritten auf Herstellung des dem Eigentum entsprechenden Zustandes; aber in der Erzeugung dieses einen Anspruchs erschöpfe sich die

---

[1]) Ebenso Maenner S. 161, Kober S. 245. 5. Mot. S. 425. [2]) Planck § 985. 2. a. [3]) Biermann, § 985. 5. S. 191.

[1]) Planck, Bd. I. § 194. 3. S. 245. [2]) Planck a. a. O.

Kraft des dinglichen Rechtes gegenüber dem Dritten; ein neuer Anspruch auf Herstellung des dem Recht entsprechenden Zustandes entstünde nicht, auch wenn der dem Recht widerstreitende Zustand noch fortdauerte. Mit der Verjährung jenes ersten und einzigen Anspruchs würde daher das Recht gegenüber dem betreffenden Dritten schutzlos, es würde ihm gegenüber ein dominium sine re.

Dieser Versöhnungsversuch entspricht wenig dem Wesen der dinglichen Rechte, bei welchen, wie Planck selbst wenige Zeilen vor den geschilderten Ausführungen sagt, während der Dauer des dem Eigentum widersprechenden Zustandes in jedem Augenblick von neuem ein Anspruch auf Herstellung des dem Eigentum entsprechenden Zustandes entsteht. Eher kann man die Verjährung vielleicht dadurch theoretisch rechtfertigen, daß man bei dem Besitzer durch die lange Dauer ein über den Besitz hinausgehendes dingliches Recht, eben das Eigentum, allmählich entstehen sieht, eine quasi-Ersitzung, welche das Gesetz nur nicht so nennt, weil es beim unredlichen Besitzer die Möglichkeit der Ersitzung nicht ausdrücklich anerkennen will. Um den unredlichen Besitzer beweglicher Sachen wird es sich ja hier praktisch meistens handeln und um den redlichen Besitzer, der eine bewegliche Sache nicht als Eigenbesitzer inne hat, welch letzterer sicher doch auch als unredlich erscheint, wenn er dem Eigentume die Einrede der Ersitzung entgegenhält. Der redliche Eigenbesitzer einer beweglichen Sache aber erwirbt das Eigentum durch Ersitzung, wenn er die Sache zehn Jahre gutgläubig im Eigenbesitz hat.[3]) Bei Grundstücken wird die Verjährung der Eigentumsklage praktisch wohl selten Platz greifen. — Mehr aber als solche theoretische Erwägungen verlangte das Bedürfnis des Lebens die Verjährbarkeit des Eigentums.

b. Für den dinglichen Anspruch des Eigentümers ist im BGB eine besondere Verjährungsfrist nicht bestimmt, deshalb tritt die regelmäßige Verjährungsfrist ein, welche nach § 195 BGB dreißig Jahre beträgt. Der Anspruch wird existent und fällig mit dem Entstehen des dem Recht des Eigentümers widersprechenden Zustandes[4]), von diesem Augenblick ab läuft die Verjährungsfrist.

Nur in einem Fall ist das Eigentum gänzlich unverjährbar: wenn das Objekt des Eigentums ein Grundstück ist und das Eigentum im Grundbuch eingetragen ist.[5]) Auch zugunsten des Erben des eingetragenen Eigentümers ist der Anspruch unverjährbar.[6])

c. Anders steht es mit den neben dem Eigentum hergehenden persönlichen Ansprüchen, von deren Befriedigung die fernere Ausübung des Eigentumsrechts nicht abhängt. Über diese Ansprüche gibt das Grundbuch nie Auskunft, deshalb unterliegen sie stets der dreißigjährigen Verjährung.

d. Die Klage des Besitzers auf Ersatz der Verwendungen untersteht ebenfalls der Regel des § 195 BGB. Über die kürzeren Ausschlußfristen in dem Falle, daß der Eigentümer den Besitz der Sache durch freiwillige Herausgabe seitens des Besitzers wieder erlangt hat, vgl. oben S. 45.

e. Ein Anklang an die Unverjährbarkeit des Eigentums macht sich darin bemerkbar, daß, wenn der Eigentümer die Sache nach dem Ablauf der Verjährungsfrist wieder erlangt, er nach § 223 Abs. 2 BGB nicht

[3]) § 937 BGB. [4]) Vgl. auch Mot. S. 397. [5]) Mot. S. 254, § 902 BGB. [6]) Mot. a. a. O.

verpflichtet ist, die Sache dem bisherigen Besitzer herauszugeben. Ferner: wenn ein andrer als der bisherige Besitzer, ohne dessen Rechtsnachfolger zu sein, den Besitz der Sache erlangt, wird gegen ihn durch das Eigentum ein neuer Anspruch begründet, dessen Verjährung erst mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem der neue Besitzer den Besitz erlangt hat.[7])

X. Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Auch hier erfahren der dingliche Eigentumsanspruch und die persönlichen Ansprüche auf Schadensersatz oder Nutzungen eine verschiedene Behandlung.

a. Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehende Eigentum finden nach Art. 181 Abs. 1 AG zum BGB von dieser Zeit an die Vorschriften des BGB Anwendung. Die Frage, ob in diesem entscheidenden Zeitpunkt Eigentum bestand, ist nach dem bisherigen Recht zu entscheiden.[1]) Der Eigentumsanspruch ist also stets, wenn er nach dem 1. Januar 1900 erhoben wird, nach den Vorschriften des BGB zu behandeln.

b. Für die obligatorischen Nebenansprüche, die einem vor dem 1. Jauar 1900 entstandenen Schuldverhältnis entstammen, bleiben dagegen nach Art. 170 EG zum BGB die bisherigen Gesetze maßgebend.[2])

Das zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer bestehende gesetzliche Schuldverhältnis wird ja nicht bloß einmal mit seiner ersten Entstehung, sondern durch sein Fortbestehen täglich von neuem begründet.[3]) Bestand z. B. der unredliche Besitz bereits vor dem 1. Januar 1900, so bestimmt sich die Haftung des Besitzers für die Zeit vorher nach altem, für die Zeit nachher nach neuem Recht.

c. Dieselben Grundsätze werden wir mit Biermann[4]) auf den Anspruch des Besitzers auf Ersatz der Verwendungen anwenden müssen. Mit der Vornahme der Verwendungen entstand ein Schuldverhältnis, worauf Art. 170 EG zum BGB anzuwenden ist; die unter der Herrschaft des alten Rechts gemachten Verwendungen sind also entsprechend den bisherigen Vorschriften, die später gemachten nach den Regeln des BGB zu ersetzen. Der gegenteiligen Ansicht Plancks[5]) und Habichts[6]) können wir nicht beipflichten, trotzdem sie durch ein Urteil des OVG Posen[7]) unterstützt ist. Die Begründung dieses Urteils, daß nämlich, solange das Besitzverhältnis besteht, obligatorische Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer überhaupt nicht zur Entstehung gelangen sollen, nennt Biermann mit Recht seltsam.

d. Die Vorschriften des BGB über die Verjährung finden nach Art. 169 EG zum BGB auf die vor dem Inkrafttreten des BGB entstandenen, noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Der Beginn sowie die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung bestimmen sich jedoch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB nach den bisherigen Gesetzen. Ist die Verjährungsfrist nach dem BGB kürzer als nach den bisherigen Gesetzen, so wird die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des BGB an

---

[7]) Vgl. § 221 BGB.

[1]) Fischer-Henle Bem. 1 zu Art. 181 EG zum BGB S. 1247. [2]) Vgl. RG 46 145 ff. [3]) Habicht, Einwirkung S. 404. [4]) Biermann § 994, 2. S. 199. [5]) Planck § 1001, 2. S. 973. [6]) Habicht a. a. O. S. 406. [7]) Rspr. Bd. IV, S. 336.

berechnet. Läuft jedoch die in den bisherigen Gesetzen bestimmte längere Frist früher ab als die im BGB bestimmte kürzere Frist, so ist die Verjährung mit dem Ablaufe der längeren Frist vollendet.

e. Die Vermutungen des § 1006 kommen jedem Besitz zugut, der am 1. Januar 1900 bestand, auch wenn er bereits vorher begonnen hatte. Beruft sich der andre Teil zur Entkräftung der Vermutung auf Tatsachen, die vor dem 1. Januar 1900 liegen, so sind diese nach Maßgabe ihrer damaligen rechtlichen Bedeutung zu würdigen.[8])

XI. Abschnitt. Analoge Anwendbarkeit der Vorschriften über den Eigentumsanspruch.

Kraft gesetzlicher Vorschriften finden die Regeln über den Eigentumsanspruch und über die Gegenrechte des Besitzers Anwendung auf einige andre ähnlich gelagerte Rechtsverhältnisse meist dinglicher Natur, welche die Befugnis zum Besitz und Gebrauch einer Sache usw. gewähren.

Das Erbbaurecht wird rechtlich wie ein Grundstück behandelt, also finden auch die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften darauf entsprechende Anwendung.[1])

Wird das Recht eines Nießbrauchers[2]) oder Pfandgläubigers[3]) beeinträchtigt, so finden die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung; die Vorschrift des § 986 Abs. 2 z. B., wenn ein Nießbraucher oder Pfandgläubiger, dem der Nießbrauch oder das Pfandrecht im Weg der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe[4]) bestellt ist, mit dinglicher Klage die Herausgabe der Sache vom dritten Besitzer verlangt. Auch eine dem § 1006 entsprechende Vermutung ist hier gegeben.[5])

Macht der zur Herausgabe einer durch eine unerlaubte Handlung entzogenen Sache Verpflichtete Verwendungen auf die Sache, so stehen ihm dem Verletzten gegenüber die Rechte zu, die der Besitzer dem Eigentümer gegenüber wegen Verwendungen hat.[6])

Im Falle des Rücktritts bestimmt sich der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem andern Grund eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Das Gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz der Verwendungen.[7])

Dieselben Vorschriften gelten analog allgemein für das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger nach der Rechtshängigkeit der Forderung.[8])

Auf die in den §§ 970, 971 BGB bestimmten Ansprüche des Finders (Aufwendungen des Finders zum Zwecke der Verwahrung oder Erhaltung der Sache usw., Finderlohn) finden die §§ 1000—1002 entsprechende Anwendung[9]); unmittelbare Anwendung finden sie auf das Zurückbehaltungsrecht usw. des Erbschaftsbesitzers gegenüber dem Erbschaftsanspruch.[10])

---

[8]) Biermann § 1006, 5. S. 212.

[1]) § 1017 BGB. [2]) § 1065 BGB. [3]) § 1227 BGB. [4]) § 1032 BGB. [5]) Vgl. Gierke S. 33. [6]) § 850 BGB. — § 994 ff. BGB. [7]) § 370 BGB [8]) 292 BGB. [9]) § 972 BGB. [10]) § 2022 Abs. 2 BGB.

II. Hauptstück.

Die Klage.

I. Abschnitt. Der Gerichtsstand.

a. Örtlich zuständig ist für den Prozeß über den dinglichen Anspruch, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, ausschließlich das Gericht, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.

Hellwig[1]) will diesen dinglichen Gerichtsstand einschränken auf die Eigentumsfeststellungsklage mit der Begründung, daß die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs zwar das Bestehen des Eigentums zur Voraussetzung habe, aber nicht das Eigentum mit der Wirkung geltend mache, daß über dessen Bestehen eine rechtskräftige Entscheidung erginge. Diese Ansicht Hellwigs, daß in dem Urteil auf Herausgabe der Sache keine Feststellung des Eigentums liege, können wir (vgl. unten III. Abschn. a) nicht beitreten, vielmehr nehmen wir mit der Mehrzahl der Schriftsteller[2]) das Gegenteil an; die Klage auf Herausgabe macht also wohl das Eigentum geltend und ihr Gerichtsstand ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, ausschließlich begründet bei dem Gericht, meistens wohl dem Landgericht[3]), der belegenen Sache.

Bei Ansprüchen auf Herausgabe beweglicher Sachen muß die Klage erhoben werden im allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten, in erster Linie also beim Gericht seines Wohnsitzes[4]) zur Zeit der Klageerhebung, subsidiär im sogenannten Vagabundenforum[5]), subsidiarissime beim Gericht des letzten inländischen Wohnsitzes[6]) usw.

b. Darin aber stimmen wir mit Hellwig[7]) überein, daß die persönlichen Ansprüche auf Nutzungen und Schadensersatz nicht in das ausschließliche forum rei sitae gehören. Dernburg[8]) irrt sicher, wenn er sagt, auch durch diese Ansprüche würde das Eigentum geltend gemacht; wohl gehen sie in diesem Falle aus dem Eigentum hervor, aber genau dieselben Ansprüche können auch aus anderen Rechtsverhältnissen und Rechtsgeschäften entspringen, sie machen nicht das Eigentum geltend, sondern eine rein obligatorische Schuld.[9])

Diese Ansprüche können auch nicht in dem dinglichen Gerichtsstand des § 26 CPO geltend gemacht werden[10]), denn sie gehören nicht zu den

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 35. — Gegen Hellwig auch das gemeine Recht. [2]) Vgl. z. B. Gaupp-Stein CPO § 24 c. 1. S. 70. [3]) § 70 Abs. 1 GVG. [4]) § 13 CPO. [5]) § 16 CPO. [6]) § 16 CPO am Ende. [7]) Hellwig I 1 a. a. O. [8]) Dernburg S. 355 IV, ebenso Gaupp-Stein, CPO, 4. Aufl. S. 70, Nr. 11 „BGB § 985 ff." und Erl. zu § 26 CPO. [9]) Ebenso Biermann, Vorbemerkung vor § 987 BGB S. 192. [10]) Biermann a. a. O., Planck S. 248.

in diesen Paragraphen bezeichneten Ansprüchen, aus welchen die sogenannten actiones in rem scriptae[11]) hervorgehen.[12])

Anders aber steht es, wenn der Anspruch auf Schadensersatz während des Prozesses an die Stelle des Anspruchs auf Herausgabe gesetzt wird. Da liegt eine unzulässige Klageänderung nicht vor[13]), das Gericht der belegenen Sache bleibt zuständig.

Ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, ein forum connexitatis, kann hier nicht in Betracht kommen (so wünschenswert es wäre), denn § 25 CPO zählt die obligatorischen und dinglichen Ansprüche, welche zugleich erhoben werden können, erschöpfend auf und erwähnt dabei die Ansprüche aus §§ 987 ff. nicht.

Doch wird das Gericht der belegenen Sache häufig unter anderen Gesichtspunkten zuständig sein. So als forum delicti commissi[14]), oder als forum prorogatum.[15])

Im übrigen müssen diese Ansprüche im allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten geltend gemacht werden, bei Klagen auf Herausgabe beweglicher Sachen wird also regelmäßig ihr Gerichtsstand mit dem des dinglichen Anspruchs zusammenfallen. Für die sachliche Zuständigkeit ist dann § 4 CPO von Bedeutung: Früchte, Nutzungen, Schäden und Kosten bleiben bei der Wertsberechnung des Streitgegenstandes unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

II. Abschnitt. Die Beweislast.

§ 1.

Allgemeines.

a. Der Kläger hat die seinen Eigentumserwerb ergebenden Tatsachen und den Besitz des Beklagten zu beweisen, entsprechend der allgemeinen Rechtsnorm des § 193 des Entwurfs I, welche zwar der Entwurf II nicht übernahm, aber als Regel nicht verwarf.[1])

Im römischen Recht war der Beweis schwierig und verwickelt, wenn der Kläger sein Eigentum auf eine derivative Erwerbsart stützte, mit Rücksicht auf den Satz nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Danach mußte der Kläger beweisen, daß sein Vorgänger schon Eigentümer war, wenn der Beklagte das bestritt.[2]) Dasselbe mußte er eventuell nachweisen vom auctor auctoris, vom auctor auctoris auctoris, bis schließlich dargetan wurde, daß usucapio, originärer Erwerb vorliege. Wegen dieser Beweisschwierigkeiten hat man von einer probatio diabolica gesprochen, ein Name, der in gewissem Sinne auch heute noch Berechtigung hat, denn es besteht über die Beweislast bei der Eigentumsklage große Uneinigkeit unter den Autoren.

---

[11]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. I, § 45 Anm 6. [12]) Struckmann-Koch, CPO, § 26, 1. S. 29. [13]) RG 26, 386; 39, 428 § 268, 3 CPO. [14]) § 32 CPO. [15]) §§ 38—40 CPO.

[1]) Dernburg S. 355. [2]) D. 41, 1, 20 pr. D. 50, 17, 54.

b. Die allgemeine Regel wird durch die Vermutungen der §§ 891 und 1006 erheblich modifiziert, wodurch dem römischen Recht gegenüber große Erleichterungen gebracht werden. Wohl muß auch jetzt noch der Eigentümer bei Berufung auf derivativen Erwerb grundsätzlich das Eigentum des Vormannes beweisen, doch hat diese Frage eben infolge der beiden Vermutungen für das BGB nur noch eine sehr geringe praktische Bedeutung. Nur bei Berufung auf einen Erwerb nach § 931 wird der Kläger das Eigentum seines „abtretenden" Vormannes beweisen müssen.[3])

c. Wenn ein Miteigentümer die Eigentumsklage erhebt und Herausgabe der Sache an alle verlangt, soll er nach Biermann[4]) und von Seeler[5]) auch das Eigentum seiner Genossen beweisen müssen. Beweist er nur sein eigenes Miteigentum, so kann er nach Biermann nur Herausgabe seines Anteils fordern.[6])

Dieser Ansicht können wir nicht beitreten. Der Kläger wird nur zu beweisen haben, daß er Eigentümer ist, daß noch Miteigentümer vorhanden sind und daß der Beklagte nicht zu diesen gehört. Wer im einzelnen die Miteigentümer sind, hat für den Beklagten kein Interesse, er muß hinterlegen usw. für alle, die es angeht.[7])

d. Der Kläger genügt der ihm obliegenden Beweispflicht, wenn er den Besitz des Beklagten zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit beweist. Verliert der Beklagte den Besitz nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit, so erlischt der Herausgabeanspruch gegen ihn; es ist Sache des Beklagten, den nachträglichen Besitzverlust zu beweisen.[8]) Der Beweis für die Einrede des Beklagten, er sei bloß Besitzdiener, trifft, wie wir schon sehen, den Beklagten selbst.[9])

e. Infolge der Vermutungen der §§ 891 und 1006 gestaltet sich die Beweislast nach dem BGB für bewegliche und für unbewegliche Sachen verschieden. Ehe wir die Einzelheiten darüber darstellen, müssen wir festsetzen, was hier unter beweglichen und unbeweglichen Sachen zu verstehen ist. Darüber besteht Streit.

Biermann wird wohl das richtige treffen, wenn er den Begriff der beweglichen Sachen für das Sachenrecht negativ dahin bestimmt, daß zu den beweglichen Sachen alle Sachen gehören, die nicht Grundstücke sind.[10]) Bewegliche Sachen sind also z. B. diejenigen Sachen, die nur zur einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind und nach § 95 BGB nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks gehören. Das gleiche gilt (§ 95, Abs. 1 S. 2) von einem Gebäude oder anderen Werke, das in Ausübung eines (nicht notwendig dinglichen[11]) Rechts an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden ist, wie z. B. ein Zirkus, ein Ausstellungsgebäude, ein Schafstall, den der Nießbraucher oder Pächter hergestellt hat. Diese Sachen, obwohl

---

[3]) Endemann S. 351. [4]) Biermann § 1011 2. S. 218. [5]) von Seeler. Das Miteigentum. [6]) Ebenso Kober § 1006, 1. a. S. 280. [7]) Dernburg Bd. II § 372, 3. S. 585. Gegen den Zweifel, daß die Bestimmtheit der Sachbitte gemäß § 253, Abs. 2, 2 CPO hier nicht gegeben sei, die Jur. Wochenschrift für Posen 1900 S. 65, wonach der Antrag, in dem Hinterlegung „zugunsten des Klägers und der anderen aus den Obligationen der Aktiengesellschaft X. berechtigten und noch nicht befriedigten Gläubiger beansprucht wird", genügend bestimmt ist. [8]) Hellwig, Rechtskraft S. 175 Anm. 10. [9]) Biermann § 985, 2. [10]) Biermann S. 2, 4. [11]) Vgl. Fischer-Henle § 95, 3. und Eck S. 27.

sie ihrer Natur nach unbeweglich sind, werden in Rücksicht auf die Beweislast stets als bewegliche Sachen behandelt. Dies ist die gemeine Meinung der Schriftsteller, mögen sie nun wie Cosack[12]) die im § 95 erwähnten Sachen allgemein als bewegliche Sachen oder wie Eck[13]), Gierke[14]), Biermann[15]) und Planck[16]) als unbewegliche Sachen ansehen, auf die jedoch in sachenrechtlicher Hinsicht die für bewegliche Sachen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Die Anwendung des Liegenschaftsrechts auf Sachen, die nicht im Grundbuch stehen, ist gänzlich ausgeschlossen. Daß die betreffenden Sachen erst durch die Wegnahme bei der Zwangsvollstreckung eventuell tatsächlich beweglich gemacht werden, ist unerheblich.[17])

Bewegliche Zubehörstücke von Grundstücken unterliegen der Vermutung des § 1006.

Wesentliche Bestandteile von Grundstücken können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein[18]), sie teilen stets das Schicksal der unbeweglichen Sache, zu der sie gehören.

Über die rechtliche Eigenschaft und Behandlung der nicht wesentlichen Bestandteile von Grundstücken, z. B. eines versetzbaren Gebäudes, können sich Zweifel erheben. Man wird sie, solange ihre Verbindung mit dem Grundstück besteht, gleich den wesentlichen Bestandteilen behandeln müssen, die Regeln des Fahrnisrechts aber dann auf sie anwenden dürfen, wenn sie von dem Grundstück getrennt sind.[19])

§ 2.

Die Vermutung des § 891 BGB.

Wenn der Kläger im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, erübrigt der Eintrag den Eigentumsbeweis, denn nach § 891 BGB wird, wenn im Grundbuche für jemand ein Recht eingetragen ist, vermutet, daß ihm das Recht zustehe. Bestreitet der Beklagte die Richtigkeit des Eintrags, so muß er den Gegenbeweis führen, der Eigentümer braucht im Prozeß nur auf das Grundbuch hinzuweisen und kann dann ruhig abwarten, ob es dem Besitzer gelingt, die Unrichtigkeit des Buches darzutun.

Der noch nicht als Eigentümer eingetragene Erbe muß zur Begründung der Klage nachweisen, daß er Erbe des eingetragenen Eigentümers geworden ist, dagegen braucht er nicht das Eigentum seines Erblassers nachzuweisen, insoweit steht ihm die Vermutung aus § 891 aus der Person seines Erblassers zu.

Im übrigen muß der nicht als Eigentümer eingetragene Kläger seinen Eigentumserwerb nachweisen, er hat in diesem Fall neben den Herausgabeanspruch den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs.

---

[12]) Cosack Bd. I S. 136. [13]) Eck, Vorträge S. 105 f. [14]) Gierke, S. 37. [15]) Biermann, S. 1. [16]) Planck § 95 Anm. 4., welcher unter „Recht an einem fremden Grundstück" in § 95 Abs. 1 S. 2 nur dingliche Rechte verstehen will, doch zum selben Ergebnis kommt. [17]) OLG Zweibrücken in Puchelts Z Bd. 32 S. 420. [18]) § 93 BGB. [19]) Biermann S. 2, 4, ebenso Predari, Die Grundbuchordnung, Berlin 1900 S. 18, g.

§ 3.

Die Vermutung des § 1006 BGB.

a. Viel komplizierter und bestrittener ist die Regelung der Beweislast bei Herausforderung einer beweglichen Sache. Hier tritt uns die uralte deutsch-rechtliche Anschauung entgegen, daß die Gewere eine Vermutung für das Dasein des in ihr erscheinenden Rechts begründe. Diese dem römischen Recht fremde Doktrin bekämpften die Romanisten[1]), doch sie erhielt sich stets. Schon die Glossatoren[2]) verteidigten unter ihrem Einfluß eine Lehre, die den Grund des Besitzschutzes in der Wahrscheinlichkeit, daß hinter dem Besitz Eigentum stehe, erblickte und deshalb zu den Wirkungen des Besitzes eine Vermutung für das Vorhandensein eines gültigen Titels rechnete; zum Rechtssatz erhoben findet sich die Vermutung im bayrischen[3]) und im preußischen Landrecht.[4])

Entwurf I lehnt die Aufstellung einer allgemeinen Vermutung aus dem Besitz aufs Eigentum ab, § 1006 aber bringt das deutschrechtliche Prinzip zu Ehren, indem er in Abs. 1 S. 1 sagt: „Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer sei." Die zweite Kommission erachtete diese Vermutung für notwendig[5]) in der Annahme, es sei ungerechtfertigt, daß bei beweglichen Sachen zur Begründung der Eigentumsklage der Nachweis genüge, daß der Kläger einmal, gleichviel wann, Eigentum erworben habe, und daß der Beklagte zur Abwehr des Anspruchs des Klägers nachzuweisen habe, daß das Eigentum des Klägers nicht mehr fortbestehe. Dies gefährde den wahren Eigentümer, welcher gegenüber einem früheren Eigentümer unterliegen müsse, wenn er den Beweis seines Eigentums nicht führen könne, welcher oft zu große Schwierigkeiten macht oder sogar unmöglich sein kann, z. B. wenn der Gewährsmann des Beklagten längst gestorben ist.

b. Der gegenwärtige Besitzer gilt also auf Grund seines bloßen Besitzes als Eigentümer der Sache, mag er Eigenbesitzer sein oder nicht. Doch muß die Vermutung ihrem Wesen nach fortfallen, wenn festgestellt wird, daß der Besitzer nicht Eigenbesitzer ist; wird dieses dem Besitzer nachgewiesen, so ist damit die Vermutung entkräftet, doch braucht der Besitzer nicht seinerseits zu beweisen, daß er Eigenbesitzer ist, er kann sich vielmehr jeder Angabe über die Art seines Besitzes enthalten.[6]) § 1006 durchbricht die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast, nach welchen derjenige, welcher für sich ein Recht in Anspruch nimmt, den Erwerb, das heißt eine bestimmte, den Erwerb des Rechts begründende Tatsache beweisen muß, während der Beweis für das Fortbestehen des Rechts nicht ihm obliegt, vielmehr der Gegner das Erlöschen des Rechts darzutun hat.

Im Falle des mittelbaren Besitzes gilt nach § 1006 Abs. 3 die Vermutung für den mittelbaren Besitzer; stehen mehrere mittelbare Besitzer

---

[1]) Vgl. Savigny, Das Recht des Besitzes (7. Aufl.) S. 36 und 56, Dernburg, Pandekten Bd. I § 170. [2]) Vgl. Gl. in vacuum zu l. 12. C. de. probat. und Strykius, Usus mod. pand. XLII. 1. § 13. [3]) Bayr. LR II. c. 5. § 8 Nr. 5—6. Voranstehen unter Nr. 3 und 4 die Sätze, daß im Zweifel allzeit melior conditio possessoris ist und daß der Besitzer die causam possessionis nicht anzugeben braucht. [4]) ALR I. 7. § 179. [5]) Dernburg, S. 356 II. B. [6]) Biermann, § 1006 1. S. 210.

hintereinander, so kommt die Vermutung dem mittelbaren Besitzer letzten Grades zu statten.

Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so spricht die Vermutung für gemeinschaftliches Eigentum, es müßte denn nur ein Mitbesitzer sich Eigentum zuschreiben, wie bei dem Mitbesitz von Eigentümer und Nießbraucher (§ 1081 BGB), wenn ein Inhaberpapier oder ein Ordrepapier, das mit Blankoindossament versehen ist, Gegenstand des Nießbrauchs ist.

Nach § 1006 Abs. 2 wird zugunsten eines früheren unmittelbaren Besitzers, der nicht einem andern den mittelbaren Besitz vermittelte, vermutet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei. Im Grunde ist auch der Gegenstand dieser Vermutung nur die Tatsache des Eigentumerwerbs.[7])

Über das Verhältnis zwischen der Vermutung zugunsten des gegenwärtigen Besitzers und der zugunsten des früheren Besitzers trägt Lehmann[8]) eine eigentümliche Lehre vor, indem er die Tradition des alten preußischen Rechts fortführt und sich dadurch in Widerspruch mit der gemeinen Meinung setzt. Die zugunsten des gegenwärtigen Besitzers aufgestellte Eigentumsvermutung wird nach Lehmann durch die aus dem Nachweis des Eigentumserwerbs des Klägers zu folgernde Vermutung des Fortbestehens des Eigentums des letzteren entkräftet. Wenn der Kläger sein früheres Eigentum nachgewiesen habe, gelte dieses als fortbestehend, und der Besitzer müsse beweisen, daß er seinerseits Eigentümer geworden sei.[9])

Lehmann nimmt wohl mit Unrecht an, daß diese seine Lehre mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar sei; die Stellung der Vermutung zugunsten des gegenwärtigen vor der zugunsten des früheren Besitzers spricht dagegen. Lehmann vergißt auch die ältere und ehrwürdigere Tradition der urdeutschen Gewere und sieht in § 1006 nur die bedenkliche Hereinbringung eines Prinzips des französischen Rechts ins BGB, des Satzes: en fait de meubles, la possession vaut titre.[10])

Auch die Entstehungsgeschichte des § 1006 spricht gegen Lehmanns Auffassung, die Denkschrift[11]), die ganze übrige Literatur[12]) und die Rechtsprechung[13]) haben gegen ihn entschieden.

c. Im Prozeß über den Eigentumsanspruch braucht also der Besitzer nichts zu tun als einfach zu sagen, er sei Eigentümer, und es ist Sache des Klägers, das zu widerlegen. Dieser hat zu beweisen, daß er selbst früher Besitzer war, woraus nach § 1006 Abs. 2 sein Eigentum während der Dauer seiner Besitzzeit vermutet wird. Doch dies genügt nicht, wie im römischen Vindikationsprozeß, um dem Kläger zum Sieg zu verhelfen. Vielmehr muß derselbe dazu noch direkt nachweisen, daß der Beklagte nicht Eigentümer der Sache sei, daß er zum Beispiel keinen Erwerbstitel habe, daß er in bösem Glauben erworben habe, oder daß er überhaupt kein Recht zum Besitz habe, deshalb zum Beispiel, weil er die Sache nur unter dem

---

[7]) Planck, § 1006. 4. S. 280. Obwohl also die Vermutung in § 1006 auf das Bestehen des Eigentums gerichtet ist, weicht sie von dem in § 292 CPO erläuterten Begriffe der Vermutung, wonach Tatsachen den Gegenstand einer solchen bilden, nur scheinbar ab. [8]) Lehmann, S. 102. [9]) Vgl. Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. III. S. 180. Anm. 26 [10]) Code Art. 2279. [11]) Denkschrift S. 139 [12]) z. B. Gierke S. 27, Biermann § 1006 3. S. 211, Maenner S. 159, Planck § 985 1. a β S. 249. [13]) OLG Dresden, Rechtspr. Bd. IV. S. 66. Vgl. OLG Dresden in A. d. OLG Bd. 22 S. 334 (11. Jan. 1901).

Versprechen sofortiger Rückgabe vom Kläger bekam. Er kann auch nachweisen, daß er zu der Zeit, wo er selber das Eigentum an den Beklagten übergab, schwer betrunken oder geisteskrank war.

Wenn der Kläger so nachgewiesen hat, daß der Beklagte das Eigentum entweder niemals erworben hat oder daß er es wieder verloren hat, kommt ihm die Eigentumsvermutung aus früherem Besitz zu statten. Wenn er niemals Besitz der Sache gehabt hat (z. B. er hat das Eigentum an Früchten, welche ihm durch Trennung zufallen, erworben, indem ein Dritter sich derselben mit der Trennung bemächtigte; ebenso im Falle des Schatzfundes, wenn der Entdecker oder der Eigentümer des Fundortes nicht in den Besitz des Schatzes gelangt ist[14]), muß er die Tatsache beweisen, vermöge deren er Eigentümer geworden ist, außerdem hat er darzutun, daß der Beklagte unrechtmäßig Besitz ergriff.

d. Die Stellung des Besitzers im Prozeß ist weit ungünstiger, wenn der Streit sich um eine gestohlene, verloren gegangene oder sonst abhanden gekommene Sache dreht. Hier entfällt nach § 1006 Abs. 1 S. 2 regelmäßig die Eigentumsvermutung zugunsten des gegenwärtigen Besitzers. Die ratio dieser Vorschrift liegt darin, daß in solchen Fällen der Regel nach gemäß der allgemeinen Norm des § 935 Abs. 1 BGB der Besitzverlust nicht zugleich Eigentumsverlust gewesen sein kann. Diese Einwendung des unfreiwilligen Besitzverlustes steht nicht nur dem früheren Besitzer und dessen Erben, sondern jedem zu, der durch Abtretung oder sonst durch Sondernachfolge einen Anspruch aus dem Eigentum erworben hat.[15])

Hier hat der Kläger zunächst die Verlusttatsache nachzuweisen. Weil man meistens billigerweise nicht verlangen kann, daß der frühere Besitzer die Umstände genau umschreibe, unter welchen er seine Sache verlor oder unter welchen sie ihm gestohlen wurde oder sonst abhanden kam, wird sich der Richter oft mit dem allgemeinen Beweise dahin, daß dem Kläger die Sache überhaupt ohne seinen Willen abhanden kam, begnügen müssen.[16]) Der Beweis wird also für den Kläger oft nur durch Eid (Eideszuschiebung oder richterlichen Eid), manchmal auch durch Zeugen zu führen sein.

Nun tritt dem Kläger die Vermutung des § 1006 Abs. 2 zur Seite. Die Vermutung wird zugleich zu einer solchen für gegenwärtiges oder doch für über die Besitzzeit hinaus vorhanden gewesenes Eigentum.[17]) Der Kläger kann ruhig zusehen, ob es dem Beklagten gelingt, sie zu entkräften. Dies ist möglich vor allem durch den Nachweis, daß der Beklagte trotz des der Sache anklebenden Mangels Eigentümer geworden sei (durch Ersitzung nach § 937 BGB, durch Verarbeitung nach § 950 BGB, durch Erwerb in öffentlicher Versteigerung nach § 935 Abs. 2 BGB oder dadurch, daß die Sache wesentlicher Bestandteil einer ihm gehörigen Sache wurde). Der Beklagte kann aber auch beweisen, daß der Kläger nicht Eigentümer sei, indem er z. B. dartut, daß er selber oder sein Besitzvorgänger oder der ihm mittelbaren Besitz vermittelnde mittelbare Besitzer[18]) den Besitz der

[14]) Vgl. Gierke S. 68. [15]) Gierke S. 25, Anm. 14. [16]) Kober S. 268. [17]) Gierke S. 27, Kober S. 268. [18]) Planck § 1006, 3 d. S. 280. Man wird jedoch eine von dem vermittelnden Besitzer unterschlagene Sache auch als dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommen ansehen müssen, gemäß der (bei Biermann § 1006, 1. S. 210 gegebenen) Definition der abhanden gekommenen Sachen als derjenigen Sachen, deren Besitz dem Besitzer durch ein von seinem Willen unabhängiges Ereignis entzogen worden ist. Wie hier Endemann § 41, Anm. 7 S. 168. Dagegen Biermann S. 210, Gierke S. 25.

strittigen Sache unfreiwillig verloren habe, ehe der jetzige Kläger ihn erlangte; oder er kann beweisen, daß das Eigentum dem Kläger, wenn auch an einen unbeteiligten Dritten, verloren gegangen sei.

Hiergegen kann der Kläger neue Beweise ins Feld führen, z. B. kann er durch Zeugen usw. nachweisen, daß der Beklagte nicht in gutem Glauben war, als er die Sache in der Zwangsversteigerung erwarb, und anderes mehr.

e. Eine Ausnahme von der Ausnahme gibt § 1006 Abs. 1 am Ende, nach welchem zugunsten des Besitzers von Geld oder Inhaberpapieren die Vermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 ihre volle Kraft hat, auch wenn das Geld oder die Inhaberpapiere dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind. Bei diesen Sachen fällt die ratio des § 1006 Abs. 1 weg, denn an ihnen kann trotz des Abhandenkommens Eigentum erworben werden. Hier muß der Kläger wie bei der Eigentumsklage auf Herausgabe nicht abhanden gekommener Sachen beweisen, daß der Beklagte das Geld usw. nicht in gutem Glauben erwarb, und daß er selber im Besitz der eingeklagten Sachen war; der letztere Beweis wird sehr unbequem sein, weil bei Geld der Nachweis der Identität sehr schwierig ist.

Diese Unterausnahme gilt bloß für Geld und Inhaberpapiere, nicht aber für Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert worden sind.

f. Die Vermutung aus § 1006 greift nur Platz, soweit an und für sich Eigentum dem Gegenstande nach möglich ist, also nicht, wenn die strittige Sache wesentlicher Bestandteil einer andern Sache ist, da sie dann zwar in selbständigem Besitz, nicht aber in selbständigem Eigentum stehen kann.

Dem Besitzer eines Sparkassenbuchs kommt die Eigentumsvermutung des § 1006 nicht zugute, vielmehr ist für das Eigentum an dem Sparkassenbuche der nach den Grundsätzen des Rechts der Schuldverhältnisse sich richtende Beweis der Gläubigerschaft an dem Sparkassenguthaben entscheidend.[19])

III. Abschnitt. **Die Rechtskraft.**

a. Streit herrscht vor allem über die Frage, ob das Urteil, in welchem dem auf § 985 BGB ruhenden Klagebegehren stattgegeben wird, zugleich rechtskräftig das Eigentum des Klägers an der Sache feststelle. Im römischen Recht war dieses der Fall, die intentio der formula lautete si paret rem Auli Agerii esse, bezweckte also in erster Linie die richterliche Feststellung des Eigentums des Klägers, und dieses war die Voraussetzung der Verurteilung zur Restitution der eingeklagten Sache. Ebensoweit erstreckte sich die Rechtskraft nach gemeinem und nach preußischem Recht.[1])

Dernburg meint nun, durch das BGB sei es anders geworden. Wohl habe auch nach dem BGB die Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe selbstverständlich die Überzeugung des Richters vom Eigentum des Klägers zur Voraussetzung, aber diese Überzeugung finde ihren Ausdruck nur in der Begründung des Urteils, deren Inhalt der Rechtskraft entzogen sei. Dernburg hat für seine Annahme die Autorität der Motive[2]), welche sagen, wenn Besitz und Eigentum auseinander fallen, lägen die rechtlichen Voraus-

[19]) OLG Jena 1. Okt. 1902 in Das Recht Bd. VI, S. 508.
[1]) Dernburg S. 350. [2]) Mot. S. 396.

setzungen der Feststellungsklage stets klar vor, diese Klage könnte stets mit der Eigentumsklage verbunden werden, und die Verbindung beider wäre die Voraussetzung für den entsprechenden Umfang der materiellen Rechtskraft des Urteils.

Auf demselben Standpunkt stehen Hellwig[3]) und Oberneck.[4]) Dieser meint, man werde der bisherigen Praxis auch in Zukunft zu folgen haben und mit der Eigentumsklage auch die Eigentumsfeststellungsklage verbinden müssen; jener betont, die Eigentumsklage mache als solche nur den Anspruch, die Forderung zum Prozeßgegenstand, das dingliche Recht aber gelange zur Entscheidung nur durch die Feststellungsklage.

Darüber, ob die Eigentumsklage nur einen allgemeinen Anspruch auf Herausgabe geltend macht oder ganz speziell den Herausgabeanspruch des Eigentümers, ließe sich streiten. Man darf wohl die Sätze des materiellen Rechts als die intentio auffassen, zu welcher als condemnatio das Urteil hinzutritt, welches auf unsern Fall angewendet bedeuten würde: Wenn § 985 BGB vorliegt, wenn auf der einen Seite ein Eigentümer ohne Besitz, auf der andern Seite ein Besitzer ohne Berechtigung zum Besitz steht, dann soll nach dem Urteil dieser jenem die Sache herausgeben. Darnach ist der aus der Formel si paret etc. gezogene Schluß auf die Rechtskraft auch nach heutigem Recht noch erlaubt.

Überzeugender noch kann man die Meinung Dernburgs widerlegen, indem man sich an den von ihm vorgebrachten Beweisgrund hält, daß die richterliche Überzeugung von dem Eigentum des Klägers ihren Ausdruck nur in den Urteilsgründen finde, welche nicht in Rechtskraft erwachsen sollen. Dieser letzte Satz ist unrichtig; maßgebend ist das Urteil als Ganzes, wie es in § 313 CPO geschildert ist, die in § 313 Abs. 1 Nr. 4 und 5 CPO vorgeschriebene Trennung der Gründe und der Urteilsformel ist lediglich eine Kanzleivorschrift[5]), aus der man unmöglich so bedeutende Folgerungen ziehen kann, wie es Dernburg tut. Urteile sind nach § 322 Abs. 1 CPO der Rechtskraft insoweit fähig, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden ist; hier ist entschieden über den Herausgabeanspruch auf Grund des Eigentums, zum Urteil gehören auch die Gründe, die Rechtskraft ist von der Aufnahme der Entscheidung in die Urteilsformel nicht abhängig.[6]) Tenor und Gründe zusammen bilden die Entscheidung, sagt das Reichsgericht.[7]) Die Herausgabepflicht wird nicht abstrakt, sondern nur als Rechtsfolge des konkreten Klagegrundes bejaht oder verneint.

Das Urteil über den Eigentumsanspruch entscheidet also auch über das Bestehen des Eigentums.

b. Das gegen den Beklagten ergangene Urteil wirkt nach § 325 Abs. 1 CPO auch gegen die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit seine Rechtsnachfolger geworden sind, also z. B. gegen den ihm Besitz vermittelnden unmittelbaren Besitzer, wenn dessen Besitzverhältnis erst nach der Rechtshängigkeit begründet worden ist.[8]) Daß letzteres in § 325 Abs. 1 CPO noch besonders ausgesprochen wird, ist überflüssig.[9])

---

[3]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 32, Anm. 25. [4]) Oberneck S. 346. [5]) Gaupp-Stein § 322 VIII, S. 722. [6]) Dieses war in den Entwürfen (I—III und im Entwurf einer CPO für den Norddeutschen Bund § 359) als Abs. 3 ausdrücklich bestimmt. [7]) RG (Vereinigte Civil-Senate) 33.4. [8]) Vgl. CPO § 727. [9]) Vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 337.

Anders aber verhält sichs mit der Rechtskraft des gegen den Unterbesitzer ergangenen Urteils; dieses hat gegen den Oberbesitzer überhaupt keine Rechtskraft, auch dann nicht, wenn der Unterbesitzer die Sache nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit dem mittelbaren Besitzer zurückgegeben hat. Der mittelbare Besitzer ist nämlich auch in diesem Falle nicht Rechtsnachfolger des unmittelbaren Besitzers, er war schon vorher gleichzeitig mit diesem Besitzer.

c. Das in dem Prozeß des einzelnen Miteigentümers ergangene Urteil erstreckt sich in seiner Rechtswirkung nicht zugleich auf die nicht beteiligten Miteigentümer. Deshalb kann der Anspruchsverpflichtete, wenn er gegen den ersten Kläger gesiegt hat, von den mehreren Miteigentümern von neuem in Anspruch genommen werden. Die Motive[10]) erkannten wohl, daß hieraus eine gewisse Härte für den Besitzer sich ergeben könnte, doch wollte man den Grundsatz der Relativität hier nicht durch eine Sondervorschrift durchbrechen. Der Beklagte kann sich aus der mißlichen Lage dadurch befreien, daß er gegen sämtliche angeblichen Miteigentümer, nötigenfalls nach Erwirkung der Bestimmung eines gemeinsamen Gerichtsstandes[11]), die Feststellungsklage erhebt und bis zur Entscheidung dieser Klage um Sistierung des Eigentumsprozesses nachsucht.[12])

d. Nach dem Grundsatz iudex ne eat ultra petita partium darf der Richter dem Kläger nicht mehr zusprechen, als er verlangt hat, die Zuerkennung von Früchten usw. muß also ausdrücklich erbeten sein.

e. Die Frage, ob die objektive Identität gegeben, der Richter des zweiten Prozesses also an die Rechtskraft gebunden ist, wenn der mit der Begründung seines Eigentums auf Einigung und Übergabe abgewiesene Kläger nochmals Klage erhebt und sich nun auf Ersitzung beruft, entscheidet sich nach der Stellung, die man zu der Substanzierungstheorie und der Individualisierungstheorie einnimmt. Erklärt man sich mit dem Reichsgericht[13]) für jene als die richtigere, so muß man annehmen, daß eine neue Klageerhebung auf Grund eines andern Klagegrunds durch die Rechtskraft des ersten Urteils nicht gehindert ist.[14])

IV. Abschnitt. Die Zwangsvollstreckung.

§ 1.

Allgemeines.

a. Nach dem geltenden Rechte lautet das Urteil stets unmittelbar auf Herausgabe der Sache selbst, demgemäß ist auch die Vollstreckung stets Realexekution. Das klassische römische Recht kannte auch bei dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe bloß eine Geldkondemnation, die Zahlung der darin festgesetzten Summe bewirkte die Abfindung des Eigentümers und den Übergang des Eigentums auf den Beklagten.[1]) Nur einen indirekten Zwang zur Herausgabe der Sache selbst übte die actio arbitraria aus, bei der dem Beklagten drohte, daß der Kläger unter Eid abschätzte, wie viel die Streitsache ihm wert sei; um dem zu entgehen, wird der Besitzer

[10]) Mot. II S. 446. [11]) § 36, Nr. 3 CPO. [12]) Vgl. Dernburg, Pandekten' Bd. I, § 255, Anm. 7. [13]) RG 10, 434; 41, 87; 49, 205. [14]) Vgl. Gaupp-Stein § 253 CPO III, 3. S. 518 f.

[1]) D. 6, 1, 46 und 47.

meist dem arbitratus de restituendo, den der Richter als nicht erzwingbaren Befehl erließ, genügt haben.

Allmählich erzwang dann der Richter die Herausgabe der Sache selbst [2]), im justinianischen und neueren Recht wurde das die allgemeine Regel.

b. Die CPO regelt die Zwangsvollstreckung verschieden, je nachdem ihr Objekt bewegliche oder unbewegliche Sachen bilden. Auf beide Arten von Sachen aber bezieht sich § 886 CPO, welcher lautet: Befindet sich die herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung betreffen.

Der Gerichtsvollzieher — der, wie wir unten sehen werden, hier stets das Organ der Zwangsvollstreckung ist — darf nicht in fremden Gewahrsam eindringen und nicht unmittelbar gegen den Dritten vollstrecken, abgesehen von dem Ausnahmefall, daß der Dritte zur Herausgabe der Sache bereit ist.[3]) Die weiter wohl angeführten Ausnahmen sind solche nur scheinbar; denn der „Beklagte" im Fall des § 76 Abs. 4 CPO (litis denuntiatio) — gegen welchen (wie gegen den Benannten, der an seiner Stelle in den Prozeß eintrat und ihn von der Klage befreite) die Entscheidung in der Sache selbst wirksam und vollstreckbar ist — ist nicht mehr Dritter, sondern Vollstreckungsschuldner, wenn die Vollstreckungsklausel auch gegen ihn erteilt ist, und ebenso verhält es sich mit demjenigen, welcher nach der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger des Beklagten geworden ist.[4])

Befindet sich die Sache wirklich im Gewahrsam eines „Dritten" und ist dieser nicht zur Herausgabe bereit, so muß der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache für den Gläubiger gepfändet[5]) und ihm zur Einziehung überwiesen werden. Eine Überweisung an Zahlungsstatt kann hier, entsprechend § 849 CPO, nicht in Frage kommen, §§ 846 ff. haben keinen Bezug hierher.[6]) Die Sache muß also an den Gläubiger herausgegeben werden, nicht an einen Gerichtsvollzieher oder Sequester. Selbstverständlich ist es unerheblich, daß die Sache eventuell eine nach § 811 CPO unpfändbare ist.

Streitig ist, ob § 886 CPO sich bloß auf die in § 883 und § 885 geregelten Fälle, nicht auch auf § 884 bezieht. Gaupp-Stein[7]) und die herrschende Meinung sagen, die Bestimmung des § 886 habe Geltung bloß für die Fälle, in welchen es sich nach dem Schuldtitel um die Herausgabe einer bestimmten beweglichen oder unbeweglichen Sache handelt, also die §§ 883 und 885, nicht auch § 884, denn nach letzterem bestünde eine Befugnis zur direkten Wegnahme nur dann, wenn sich Sachen der betreffenden Art im Gewahrsam des Schuldners befänden. Aber auch jene bestimmten Sachen dürfen ja nur dann weggenommen werden, wenn sie sich im Gewahrsam des Schuldners befinden. Aus der Fassung des Gesetzes ist also kein Grund zu entnehmen, die Geltung des § 886 nicht auf § 884 zu erstrecken; sachliche Gründe aber sprechen dafür, daß man bei dem Schuldner,

[2]) Dig. 6, 1, 68. [3]) Vgl. § 809 CPO. [4]) § 727, § 265, § 325 CPO. Vgl. Seuffert CPO § 886, 2. S. 581 und Weidelich, Die Veräußerung streitbefangener Sachen, in Gruchot, Beitr. Bd. 45, 1902, S. 396. [5]) § 829 CPO. [6]) Vgl. Fitting, S. 658, Seuffert a. a. O. Gaupp-Stein § 886 I. S. 691. Abweichend Neumiller zu § 886 S. 885. Petersen-Anger § 886, 3. [7]) Gaupp-Stein § 886 II. S. 691. Ebenso z. B. Petersen-Anger a. a. O.

der eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zu leisten, diese aber nicht in Gewahrsam, jedoch von einem andern zu beanspruchen hat, diesen Anspruch pfänden und dem Kläger zur Einziehung überweisen lasse.[8]) Auf das Wort „leisten" in § 884 läßt sich die gegenteilige Ansicht nicht stützen, denn dieses soll nur ausdrücken, daß § 884 sich auch auf andre Schuldverhältnisse, nicht bloß auf die Herausgabepflicht bezieht. Der erst nachträglich durch die Reichstagskommission von 1875 eingeschobene § 884 soll nur eine Lücke ausfüllen, welche im Gegensatz zu dem norddeutschen Entwurf und Entwurf I durch die endgiltige Fassung des jetzigen § 883 — Beschränkung auf bestimmte bewegliche Sachen — entstanden war. (Früher hieß es „eine bestimmte Quantität beweglicher Sachen", jetzt „von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität".)[9])

Die Pfändung muß der Überweisung vorangehen.[10]) Wenn sich nach erfolgter Überweisung herausstellt, daß ein Anspruch des Schuldners gegen den Dritten gar nicht besteht, so kann der Gläubiger seine etwaigen Ansprüche auf das Interesse nach § 893 CPO geltend machen. Besteht der Anspruch dagegen, so hat der Gläubiger, in unserm Fall also der Eigentümer, Klage gegen den Dritten auf Herausgabe zu erheben.

Beendet ist die Zwangsvollstreckung im Falle des § 886 nicht etwa schon mit der Überweisung, sondern erst mit der Herausgabe der Sache durch den Dritten an den Eigentümer.

c. Ein Eingreifen des staatlichen Zwangs kann auch nötig werden dadurch, daß der Besitzer seiner Verpflichtung, die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen, nicht genügt. Da erfolgt die Zwangsvollstreckung nach § 887 CPO, der Gläubiger wird auf Antrag vom Prozeßgericht erster Instanz ermächtigt, die Wiederherstellung der Sache auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen usw.

d. Für die Zwangsvollstreckung gegen den Eigentümer, der die Sache wiedererlangt hat und gegen den der Besitzer nun einen Anspruch auf Gestattung der Abtrennung hat, ist § 890 CPO maßgebend, es erfolgt also eine Strafandrohung und eventuell wegen jeder Zuwiderhandlung gegen das Recht des Besitzers die Verhängung einer Geldstrafe durch das Prozeßgericht erster Instanz.

e. Die Vorschriften der §§ 883 ff. CPO sind ausschließlich, so daß nicht der mittelbare Zwang durch Geldstrafe, als das Geringere, zugelassen werden darf.

Die Vorschriften finden auch Anwendung, wenn es sich, wie bei der Einräumung des Mitbesitzes, um ideelle Anteile der Sache und nicht um sie in ihrer Totalität handelt.[11])

§ 2.

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von bestimmten beweglichen Sachen.

a. Die Befriedigung der Ansprüche auf Herausgabe einer beweglichen Sache oder einer Quantität von bestimmten beweglichen Sachen wird da-

[8]) Vgl. Seuffert, § 886, 1. S. 581. [9]) Vgl. Prot. von 1875 S. 561 f. 572 ff. 604 ff. und Struckmann-Koch zu § 884 CPO S. 294 f. [10]) Vgl. §§ 829, 835. Gaupp-Stein S. 536. A. A. Hellmann, Lehrbuch des Civilprozesses S. 883. [11]) RG vom 12. Mai 1902, bei Sörgel 1902 zu § 883 CPO.

durch erzwungen, daß der direkt vom Eigentümer mit der Vollstreckung betraute Gerichtsvollzieher die Sache usw. dem Besitzer wegnimmt und dem Eigentümer ausliefert.[1])

Der Gerichtsvollzieher ist[2]) befugt, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen, soweit der Zweck der Vollstreckung dies erfordert, er darf verschlossene Haustüren, Zimmertüren und Behältnisse öffnen lassen, gegen Widerstand Gewalt anwenden und die Polizei zur Unterstützung aufrufen. Doch muß der Gerichtsvollzieher den Besitzer möglichst schonen und seinen (und des Eigentümers) Wünschen nachgeben, soweit dies sich mit dem Zweck seiner Tätigkeit verträgt und ohne unnötigen Kostenaufwand und Zeitverlust geschehen kann.

Die Übergabe der weggenommenen beweglichen Sachen an den Eigentümer oder die Absendung derselben an den Eigentümer hat, soweit tunlich, in unmittelbarem Anschluß an die Wegnahme zu geschehen.[3])

Die Kosten für den hiernach dem Gerichtsvollzieher obliegenden Transport sind Vollstreckungskosten (welche nach § 788 CPO, soweit sie notwendig waren, dem Besitzer zur Last fallen) wenn der Besitzer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts dafür aufzukommen hat.[4])

Wofern die Übergabe usw. der Sache an den Eigentümer nicht sofort erfolgen kann, hat der Gerichtsvollzieher die Sache in derselben Weise wie gepfändete Gegenstände zu verwahren.[5]) Bestreitet der Besitzer die Übereinstimmung der hinweggenommenen mit der im Schuldtitel bezeichneten Sachen, so kann er, wie überhaupt gegen das vom Gerichtsvollzieher beobachtete Verfahren usw., nach § 766 CPO Einspruch zum Vollstreckungsgericht erheben. Weil stets Kosten bei dieser Zwangsvollstreckung erwachsen, welche gleichzeitig beizutreiben sind, so muß sich in der Regel, wenn der Besitzer nicht den Betrag hinterlegt, mit der Naturalexekution auch die Geldexekution verbinden.

b. Wird die herauszugebende Sache nicht gefunden, so ist nach § 883 Abs. 2 der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid[6]) dahin zu leisten, daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde. Ist dieser Eid geleistet, so bleibt dem Eigentümer nur der Anspruch auf Leistung des Interesses.[7])

Über das Recht des Eigentümers, die Überweisung des dem Besitzer zustehenden Anspruchs zu verlangen, wenn der Gewahrsam der Sache nicht beim Besitzer, sondern bei einem Dritten ist, von welchem der Besitzer die Herausgabe begehren kann, vgl. oben S. 69.

Der Offenbarungseid ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer schon klar weiß, daß der Beklagte die Sache nicht besitze noch ihren Ort kenne, denn bei diesem Wissen des Eigentümers — welches der Besitzer zu beweisen hat[8]) — wäre das Verlangen des Offenbarungseids eine Schikane.

---

[1]) § 883 CPO. [2]) 758 ff. CPO. [3]) § 167 ff. der Bekanntmachung vom 28. April 1900, die Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher betreffend, im Justizministerialblatt für das Königreich Bayern 1900 S. 621. Anders für das Reichsrecht, wohl mit Unrecht, Petersen-Anger § 883, 2. S. 574; dagegen Gaupp-Stein § 883 II, S. 688. [4]) Vgl. oben S. 55. — Andrer Meinung als hier die bayr. GA für Gerichtsvollzieher das LG Neustrelitz, Vollstreckungs-Zeitung 11, 99. [5]) RG v. 12. Januar 1891. Gaupp-Stein § 858 III, Nr. 52, S. 539. [6]) Vgl. Francke, Offenbarungseid S. 3 ff. [7]) Gaupp-Stein § 883 IV, S. 689. — § 893 CPO. [8]) Gaupp-Stein a. a. O.

Alles, was ihm über den Verbleib der Sache bekannt ist, muß der Beklagte angeben. Der Eid aber (der gemäß § 899 ff. CPO abgenommen wird) ist rein assertorisch und enthält weder das Versprechen, die spätere Auffindung usw. der Sache anzuzeigen, noch die eidliche Ablehnung der erfolgten Beseitigung der Sache.[1])

Ist der Schuldner nicht prozeßfähig, so muß sein gesetzlicher Vertreter, dem die Verwaltung seines Vermögens zusteht, den Offenbarungseid leisten, auch wenn er im Eigentumsprozeß nicht auftrat, z. B weil der Beklagte damals noch nicht entmündigt war. Dabei hat das Gericht eine der Sachlage ensprechende Änderung der Eidesnorm zu beschließen, wozu es nach § 883 Abs. 3 befugt ist.

Macht der Eigentümer glaubhaft, daß der Beklagte erst nach der Leistung des Offenbarungseids den Besitz der Sache wieder erlangt habe, so kann er die nochmalige Leistung des Eides verlangen.[10]) Gegen den Beklagten, der in dem zur Leistung des Offenbarungseids bestimmten Termin nicht erscheint oder die Leistung des Eids ohne Grund verweigert, hat nach § 901 CPO das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung auf Antrag die Beugehaft anzuordnen.

c. Im Fall des § 883 CPO wird der Besitzer mit der Wegnahme der streitigen Sache befreit[11]), die Zwangsvollstreckung endigt aber erst mit der Ablieferung der Sache an den Eigentümer, im Falle des § 883 Abs. 2 mit der Leistung des negativen Eides bezw. mit der Entlassung des Schuldners aus der Beugehaft.[12])

§ 3.

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen usw.

a. Hat der Beklagte eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen — z. B. einen Zentner vom Marktstand des Nachbarn gestohlene Zwetschen — oder Wertpapiere herauszugeben, so findet nach § 884 die Vorschrift des § 883 Abs. 1 entsprechende Anwendung. Wie die Fassung des § 884 kundgibt, kann hier der Offenbarungseid nicht stattfinden, dem Gläubiger bleibt lediglich ein Ersatzanspruch.[1])

Der vollstreckbare Titel muß hier die Eigenschaften der vertretbaren Sache bestimmen[2]) und die herauszugebende Quantität angeben. Der Gerichtsvollzieher hat beim Schuldner nach Sachen der bezeichneten Gattung zu suchen, von den vorgefundenen die bezeichnete Quantität hinwegzunehmen und sie dem Gläubiger zu übergeben.[3]) Die Zugehörigkeit der Sachen zu der bestimmten Kategorie hat der Gerichtsvollzieher eventuell durch Sachverständige prüfen zu lassen.

Gegen die Entscheidung des Gerichtsvollziehers kann sowohl der Kläger als der Beklagte nach § 766 CPO das Vollstreckungsgericht anrufen.

b. Die Zwangsvollstreckung endigt hier mit der Übergabe der Sache an den Eigentümer bezw. mit der Zahlung des Schadenersatzes.

---

[9]) Letztere Bedeutung kann der Eid nicht haben, weil in dieser Beziehung der Beklagte gewissermaßen schon als Partei im Strafprozeß gilt, vgl. § 288 StrGB. — Vgl. Seuffert § 883, 1. S. 578. [10]) Nach Analogie von § 903 CPO; Mot. S. 445. [11]) § 897 Abs. 1 CPO. [12]) § 902, § 913 CPO.

[1]) § 893 CPO. [2]) Vgl. Fitting Civ. Arch. Bd. 61, S. 438. [3]) Bayr. ZA für Gerichtsvollzieher 167 II.

§ 4.

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer unbeweglichen Sache oder eines bewohnten Schiffes.

a. Ist eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, so hat nach § 885 Abs. 1 der Gerichtsvollzieher den Besitzer aus dem Besitz zu setzen und den Eigentümer in den Besitz einzuweisen.

Vollstreckungsorgan ist also hier — anders als bei der Zwangsversteigerung unbeweglicher Sachen[1]) — der Gerichtsvollzieher. Den Grundstücken sind in dieser Beziehung die bewohnten Schiffe gleichgestellt, ob sie ins Schiffsregister eingetragen sind oder nicht[2]); auch die Schiffsmühlen gehören hierher.

Auf einen etwaigen Untermieter[3]) erstreckt sich die Entsetzung nur dann, wenn auch gegen ihn ein vollstreckbarer Titel vorliegt.

Ist auf Räumung einer Wohnung erkannt, so muß die dem Schuldner im Urteile gewährte Frist abgelaufen sein.[4])

Ist eine von den zu entsetzenden Personen schwer krank, so hat der Gerichtsvollzieher wegen deren Unterbringung die Mitwirkung der Ortspolizeibehörde nachzusuchen. Hier hat eventuell auch die Anordnung des Vollstreckungsgerichts einzugreifen, das nach § 766 CPO gegen die Maßregeln des Gerichtsvollziehers angerufen werden kann.

Zur Einweisung in den Besitz ist die Anwesenheit des Eigentümers oder eines Bevollmächtigten desselben erforderlich.[5]) Der Gerichtsvollzieher hat daher die nötigen Vereinbarungen mit dem Eigentümer rechtzeitig vor der Ausführung zu treffen, damit überflüssige Erweiterungen vermieden werden. Die Anwesenheit des Eigentümers ist nur dann nicht erforderlich, wenn der Eigentümer durch die Maßnahmen des Gerichtsvollziehers, z. B. durch die Übergabe der Schlüssel oder die Bestellung eines Hüters, in die Möglichkeit gesetzt wird, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben.

Sind mit der unbeweglichen Sache auch Zubehörstücke herauszugeben, so hat der Gerichtsvollzieher auch diese dem Eigentümer oder dem Bevollmächtigten desselben zu übergeben.[6]) Auch inbezug auf diese Sachen gilt die Übergabe als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher sie zum Zweck der Ablieferung an den Eigentümer wegnimmt.[7])

b. Bewegliche Sachen, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung — also weder herauszugeben, noch wegen der Kosten der Zwangsvollstreckung zu pfänden — sind, werden nach § 885 Abs. 2 von dem Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Beklagten, oder, wenn dieser abwesend ist, einem Bevollmächtigten[8]) desselben oder einer zur zur Familie des Beklagten — nicht notwendig zu seinen Hausgenossen[9]) — gehörigen oder in dieser Familie dienenden erwachsenen Person übergeben oder zur Verfügung gestellt.

---

[1]) Hier ist nach § 1 ZwVG als Vollstreckungsgericht das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist. [2]) Vgl. § 864 CPO. [3]) § 556 Abs. 3 BGB. [4]) § 721 CPO, § 171 GA für GV. [5]) § 172 GA für GV. Vgl. Preuß. GA § 80 Nr. 3. [6]) § 177 GA für GV. Preuß. GA § 80 Nr. 4. [7]) § 897 CPO. [8]) Unter dem Bevollmächtigten ist nur eine Person verstanden, welche zur Empfangnahme dieser Sachen ermächtigt ist; in der Prozeßvollmacht liegt eine solche Ermächtigung nicht, weil die von dem Bevollmächtigten hier vorzunehmende Tätigkeit mit dem Prozeß in keinem Zusammenhang steht. Ebenso Petersen-Anger CPO § 885, 2. S. 579. Prot. der 164. Sitzung S. 10. [9]) Struckmann-Koch CPO § 885, 2. S. 296.

Ist der Schuldner oder eine der bezeichneten Personen bei der Exmission anwesend, so ist der Gerichtsvollzieher, wenn er ihnen die Sachen zur Verfügung gestellt hat und dies im Protokoll konstatiert ist, jeder weiteren Fürsorge für die Sachen enthoben. Doch darf er die Sachen nicht auf die Straße setzen und dadurch den freien Verkehr vielleicht hindern[10]), sondern er muß sie unter Umständen auf Kosten des Gläubigers in Verwahrung bringen.

Er hat die Sachen nur aus der Wohnung usw. herauszuschaffen und dem Schuldner zur Verfügung zu stellen, er überschreitet deshalb seinen Auftrag, wenn er die Wohnung usw. nicht nur räumt, sondern gleichzeitig den Umzug des Schuldners bewirkt. Bewirkt er diesen, so kann er für den dadurch verursachten Mehraufwand an Zeit vom Gläubiger keine Gebühren beanspruchen.[11])

Ist weder der Schuldner noch eine der bezeichneten Personen anwesend, so hat der Gerichtsvollzieher nach § 885 Abs. 3 die Sachen auf Kosten des Schuldners in das Pfandlokal zu schaffen oder anderweit in Verwahrung[12]) zu bringen. Zum Zweck der Unterbringung der Sachen kann er nötigenfalls vom Gläubiger einen Vorschuß verlangen.[13])

Werden die verwahrten Sachen zurückgegeben, so muß sich der Gerichtsvollzieher eine Empfangsbescheinigung für seine Akten geben lassen.

Verzögert der Schuldner aber die Abforderung, so kann nach § 885 Abs. 4 das Vollstreckungsgericht den Verkauf der Sachen und die Hinterlegung des Erlöses anordnen. Diese Anordnung kann das Gericht sowohl auf Antrag eines Beteiligten oder des Verwahrers, als auch von Amtswegen erlassen.[14]) In der Justizkommission des Reichstags wurde authentisch festgestellt, daß ein Antrag auf Anordnung des Verkaufs nicht erforderlich ist.[15]) Nicht der Gerichtsvollzieher, sondern der Verwahrer, ist zur Stellung des Antrags befugt, denn jener scheidet, nachdem er die Unterbringung ausgeführt hat, ganz aus dem Verfahren aus.[16]) Der Gerichtsbeschluß ist dem Schuldner von Amtswegen zuzustellen, ihm steht die sofortige Beschwerde zu (§ 577 CPO); der Gläubiger ist nicht beteiligt, also auch nicht zu benachrichtigen.

Der Verkauf erfolgt nach den für den Verkauf gepfändeter Sachen geltenden Vorschriften[17]) und den vom Vollstreckungsgericht getroffenen Anordnungen.[18])

Der Erlös ist nach Abzug sämtlicher Kosten dem Schuldner auszuhändigen bezw. zu übersenden, und, wenn andere Ansprüche darauf erhoben, zu hinterlegen, indem dem Schuldner die Verfolgung seiner Ansprüche überlassen wird.

c. Weil stets mit der Zwangsvollstreckung Kosten erwachsen, wird sich auch hier, wenn der Schuldner nicht den Betrag erlegt, mit der Naturalexekution eine Pfändung oder Geldexekution verbinden.

d. Im Falle des § 885 CPO endigt die Zwangsvollstreckung mit der Einweisung des Eigentümers in den Besitz.

---

[10]) StrGB § 360 Z. 9. [11]) LG Bromberg am 23. Mai 1901, in Das Recht 1901, S. 317. [12]) Bayr. GA § 102, § 103. [13]) LG Dresden am 6. November 1899, Sächs. A. S. 63. [14]) Prot. a. a. O. [15]) Seuffert, § 885, 3. S. 581. [16]) Petersen-Anger § 885, 1. S. 578. [17]) § 814 ff. CPO. [18]) Bayr. GA für GV § 173.

Inhalt.

Seite

Einleitung 7

I. Hauptstück: Der Anspruch.

I. Abschnitt: **Subjekte des Anspruchs.**

§ 1. Der Kläger 9

§ 2. Der Beklagte 12

II. Abschnitt: **Objekt des Anspruchs** 15

III. Abschnitt: **Der dingliche Anspruch des Eigentümers** . 17

IV. Abschnitt: **Obligatorische Nebenansprüche des Eigentümers.**

a. Allgemeines 19

b. Der Anspruch auf Schadensersatz.

§ 1. Der redliche Besitzer 20

§ 2. Der unredliche Besitzer 23

§ 3. Die weitergehende Haftung wegen Verzugs . 24

§ 4. Die Haftung wegen verbotener Eigenmacht oder wegen einer strafbaren Handlung . 25

c. Der Anspruch auf die Nutzungen.

§ 1. Allgemeines 27

§ 2. Der redliche Besitzer 27

§ 3. Der unredliche Besitzer 29

§ 4. Die erweiterte Haftung wegen verbotener Eigenmacht usw. 30

V. Abschnitt: **Einwendungen des Besitzers.**

§ 1. Die Urheberbenennung 31

§ 2. Die Einrede des besseren Rechts zum Besitz . 32

§ 3. Die Einreden aus persönlichen Rechten gegen den Eigentumsvorgänger (Einreden ex persona cedentis) 35

§ 4. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen 36

VI. Abschnitt: **Gegenansprüche des Besitzers.**

a. Die Ansprüche.

§ 1. Allgemeines 36

§ 2. Der redliche Besitzer . . . . .
§ 3. Der unredliche Besitzer . . . . .
§ 4. Die Sondervorschrift des § 998 über die Bestellungskosten landwirtschaftlicher Grundstücke
§ 5. Das Ersatzrecht ein dingliches auf der Sache ruhendes Recht . . . . .
§ 6. Der Lösungsanspruch . . . . .
b. Die Geltendmachung der Ansprüche.
§ 1. Überblick . . . . . .
§ 2. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts .
§ 3. Das beschränkte selbständige Klagerecht des Besitzers . . . . . .
§ 4. Das Rückgaberecht des Eigentümers und das beschränkte Selbstbefriedigungsrecht des Besitzers . . . . . .
§ 5. Das Wegnahmerecht . . . . .
VII. Abschnitt: **Der Ort der Herausgabe** . . .
VIII. Abschnitt: **Die Kosten der Herausgabe** . . .
IX. Abschnitt: **Die Verjährung** . . . . .
X. Abschnitt: **Übergangsvorschriften** . . . .
XI. Abschnitt: **Analoge Anwendbarkeit der Vorschriften über den Eigentumsanspruch** . .
II. Hauptstück: Die Klage.
I. Abschnitt: **Der Gerichtsstand** . . . . .
II. Abschnitt: **Die Beweislast.**
§ 1. Allgemeines . . . . . .
§ 2. Die Vermutung des § 891 BGB . .
§ 3. Die Vermutung aus § 1006 BGB . .
III. Abschnitt: **Die Rechtskraft** . . . . .
IV. Abschnitt: **Die Zwangsvollstreckung**
§ 1. Allgemeines . . . . . .
§ 2. Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von bestimmten beweglichen Sachen
§ 3. Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen usw. . . . .
§ 4. Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer unbeweglichen Sache oder eines bewohnten Schiffes . . .